

# GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI  
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · LUGLIO 2017

2017 / 1

**Direzione scientifica**

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

**Direzione editoriale**

Marco Gattuso, Barbara Pezzini

**Redazione**

*Diritto Internazionale:* Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo, Chiara Vitucci

*Diritto dell'Unione Europea:* Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

*Diritto Costituzionale:* Anna Lorenzetti, Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angelo Schillaci, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

*Identità di genere:* Roberta Dameno

*Diritto Penale:* Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

*Diritto Privato:* Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Stefania Stefanelli, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

*Diritto Comparato:* Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

*Diritto del Lavoro:* Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

**Referees**

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7  
genius@articolo29.it

# Sommario

5 Ricordo di Stefano Rodotà

## Focus: Coscienza, religione e non-discriminazione

*a cura di Alexander Schuster*

8 **Alexander Schuster:** Introduzione al Focus

15 **Federica Grandi:** Unione civile e obiezione di coscienza: “questo matrimonio non s’ha da fare, né domani, né mai”

25 **Roberto Toniatti:** Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull’ineguaglianza delle forme familiari

34 **Andreas Yiannaros:** Protecting the ‘rights of others’ in the UK: Religious expression, reasonable accommodation and the real meaning of non-discrimination

43 **Laura Calafà:** Organizzazioni di tendenza e orientamento sessuale: il valore (non solo simbolico) del caso di Trento

## Interventi

53 **Anna Lorenzetti:** Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri

## Commenti

70 **Ilaria Rivera:** La trascrizione dell’atto di nascita formato all’estero tra tutela dell’ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

78 **Alessandra Viviani:** *Paradiso e Campanelli* di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?

87 **Giovanni Galasso:** Unione omoaffettiva e adozione

## Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 99 **Unione europea:** Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in GUUE, 8 luglio 2016, L 183

## Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 122 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Decisione del 6 aprile 2017, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13
- 137 **Corte europea dei diritti dell'Uomo:** Decisione del 15 gennaio 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.
- 145 **Corte di Cassazione, sesta sezione civile:** Ordinanza del 19 aprile 2017, n. 9946
- 147 **Corte di Appello di Milano, quinta sezione delle persone, dei minori e della famiglia:** Sentenza del 9 febbraio 2017
- 161 **Tribunale di Rovereto:** Ordinanza del 21 giugno 2016
- 168 **Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Brescia, prima sezione:** Sentenza del 29 dicembre 2016, n. 1791

## Ricordo di Stefano Rodotà

Stefano Rodotà faceva parte della Direzione scientifica di questa Rivista e ne ha accompagnato il delin-  
nearsi sin dai suoi primi vagiti.

Come ormai tutti sanno, dal 23 giugno scorso Stefano Rodotà non parlerà e non scriverà più. Abbia-  
mo quindi deciso di ricordarlo riproponendo alcuni significativi brani tratti da uno dei suoi più recenti  
lavori: *Diritto d'amore*, Laterza 2015.

I pochi passaggi da noi selezionati contengono messaggi che procedono ben oltre lo specifico tema  
affrontato nel volume, peraltro assai vicino alle finalità del nostro periodico. Per questo li abbiamo scelti.  
Essi tracciano infatti taluni fondamentali fili rossi del pensiero di Rodotà: inducono a una riflessione  
sulla ragion d'essere del diritto e sulla necessità di superarne certe incomprensibili rigidità; segnalano  
l'esigenza di valicare i confini che ancora troppo spesso dividono le sue diverse discipline; sottolineano  
la sempre più pressante opportunità di affrontare temi apparentemente scabrosi ma che spesso sono in-  
vece soltanto originali. I brani tracciano quindi un programma di comportamento per la politica e i per  
giuristi, sottolineando la costante esigenza che l'una e gli altri si confrontino senza indugi con la sfac-  
cettata concretezza del reale e con la sofferta centralità di persone che sono sempre composte di carne e  
ossa, dignità ed emozioni. Le sue parole ribadiscono dunque la necessità di non costringere la politica e  
l'attività giuridica entro gli schemi della tradizione per puro ossequio a quest'ultima, bensì per assecon-  
darne e regolarne le inevitabili trasformazioni, oltre che per dare ascolto alle via via emergenti richieste  
di piena e legittima realizzazione personale. Esse invitano pertanto il giurista a scendere dalla torre  
d'avorio in cui spesso comodamente si rintana per "sporcarsi" finalmente le mani con il reale, immer-  
gendosi altresì, quando necessario, nella sempre più sconcertante inadeguatezza del dibattito pubblico.

Riproporre queste sue parole è il nostro modo – forse banale ma sincero – per ribadire che le idee  
da lui cesellate sono ancora tra noi e continueranno a scavare nella coscienza collettiva di questo Paese  
e di chi vorrà ascoltarle, anche magari non condividendone *in toto* la sostanza: fin quando esisterà esse  
caratterizzeranno dunque la ragion d'essere di questa Rivista. Per lo stesso motivo abbiamo altresì sim-  
bolicamente deciso di mantenere il suo nome nel nostro Comitato scientifico. Il nome di un giurista che  
ha saputo squarciare tanti veli apparentemente inossidabili: quello tra l'attività giuridica e l'impegno  
politico, tra l'attività scientifica e l'opinione pubblica, quello che tradizionalmente e pervicacemente  
separa le diverse discipline giuridiche. Presentandolo, in un'occasione di più di vent'anni fa, Lorenza  
Carlassare ebbe giustamente a dire di lui che era l'unico non-costituzionalista che i costituzionalisti non  
si irritavano a sentire definire tale.

Apriamo dunque questo fascicolo di *GenIUS* non già parlando di Stefano Rodotà, ma lasciando  
parlare, ancora una volta, Stefano Rodotà. Le sue parole, per fortuna, non ci abbandoneranno mai. E –  
rileggendole – pare di riascoltare il timbro della sua inconfondibile voce.

«Sono compatibili, sono pronunciabili insieme le parole diritto e amore? O appartengono a logiche con-  
flittuali, tanto che l'una e l'altra cercano reciprocamente di sopraffarsi? Il diritto è stato pesantemente  
usato come strumento di neutralizzazione dell'amore, quasi che, lasciato a sé stesso, l'amore rischiasse  
di dissolvere l'ordine sociale. Opinione antica, dunque non riferibile soltanto alle vicende a noi vicine.  
Siamo di fronte a un conflitto, combattuto però non ad armi pari, con il potere sostanzialmente dalla  
parte del diritto, che lo esercita come strumento per il disciplinamento dell'amore, fino a negare alla  
persona la libertà d'innamorarsi» (p. 3)

«Se il diritto vuole avvicinarsi all'amore, deve abbandonare non solo la pretesa d'impadronirsene, ma  
anche trasformare tecnicamente se stesso in un discorso aperto, capace di cogliere e accettare contin-  
genza, variabilità e persino irrazionalità. Soprattutto, di fronte alla vita, il diritto deve essere pronto a  
lasciare il posto al non diritto» (p. 5)

«Nell'esperienza storica, il diritto si è fortemente impadronito dell'amore... Nella modernità occiden-  
tale soprattutto lo ha chiuso in un perimetro, l'unico all'interno del quale poteva e doveva essere conside-  
rato giuridicamente legittimo: il rapporto coniugale formalizzato, il matrimonio» (p. 7)

«La funzione del diritto in questa materia è quella di garantire l'amore nella sua pienezza, custodendo confini che altri poteri e altre regole non possono attraversare. È un confine sottile, difficile da custodire, perché ogni suo indebito attraversamento può determinare una vicenda ben nota – quella del capovolgarsi di un "diritto" in "delitto"» (p. 19 s.)

«Una volta acquisita la consapevolezza della relatività di questo modello matrimoniale, diviene immediatamente evidente la debolezza della pretesa di attribuirgli un valore normativo, dedotto da una sua vera e propria naturalità che sarebbe testimoniata dall'eterosessualità e dal fine della procreazione, ribadendo così una volta di più il perimetro all'interno del quale la parola amore può essere legittimamente pronunciata. L'osservazione delle vicende giuridicamente rilevanti della fase più recente fornisce una opposta testimonianza, quella della rottura di una continuità che, per essere stata lunghissima, non può da questo solo fatto vedersi attribuita il carattere della definitività» (p. 29)

«Difficile, lunghe, tortuose sono dunque le strade che permettono di restituire all'amore le sue opportunità. Il diritto via via si scioglie in parole che abbandonano l'aggressività e denotano il rispetto, il primato della persona sulle imposizioni. Le parole storiche libertà e eguaglianza, accompagnate dal nuovo e forte riferimento alla dignità, invadono finalmente un'area che era stata loro preclusa. Compare il corpo, con la sua inviolabilità, segno forte di una condizione umana che non può essere mortificata» (p. 41)

«Un diritto consapevole del fatto che il diritto d'amore è un diritto di libertà, e non l'esito di una concessione. Riconoscere una libertà è sempre difficile, sicuramente traumatico quando la realtà si sottrae alla pretesa di incarnare valori da tutti condivisi. Questa è la situazione che dobbiamo fronteggiare, per non cadere nella trappola dei "valori non negoziabili" e non esercitare una fastidiosa pedagogia giuridica, ma per costruire il quadro giuridico per il molteplice e il diverso, mostrando come sia possibile andare oltre la logica della contrapposizione e gettare il seme della convivenza. Viviamo certo un tempo difficile, dove il riconoscimento di qualsiasi diritto viene troppo spesso vissuto come una sfida o una negazione delle altrui convinzioni. E tuttavia, obbedendo a un inaccettabile quieto vivere sociale e politico, non si possono lasciare i temi scottanti in una sorta di limbo giuridico, praticando una ambigua deresponsabilizzazione» (p. 110 s.)

«Come può una società continuare a contemplare sé stessa come se fosse accettabile una discriminazione permanente, una esclusione istituzionalizzata di tante persone da diritti fondamentali che dovrebbero essere universalmente riconosciuti, come in diversi luoghi della stessa Europa si sta facendo? Qui siamo di fronte ad un vero problema di cittadinanza che non può essere amputata di suoi elementi fondamentali senza porre un problema di legittimazione sociale e, in definitiva, di democrazia. Ancora uno sforzo, in nome dell'amore» (p. 125)

A Stefano Rodotà e alle sue idee è dedicato questo fascicolo.

---

## *Focus*

*Coscienza, religione e non-discriminazione*

Alexander Schuster\*

## Introduzione al Focus

### Sommario

1. Il conflitto fra diritti. *In medio stat virtus*? Bilanciare non significa accomodare – 2. Una questione oramai europea – 3. La risposta italiana – 4. Le organizzazioni di tendenza – 5. Bilanciamento non significa compromesso

### 1. Il conflitto fra diritti. *In medio stat virtus*? Bilanciare non significa accomodare

Secondo l'*Etica Nicomachea* di Aristotele la virtù sta nel mezzo. Da giuristi possiamo domandarci se anche il giusto debba seguire la medesima *misura*, evitando la tutela piena di un diritto a favore della tutela di un altro, così da evitare in ogni caso quelli che per l'illustre filosofo erano estremi. La questione può essere calata nel confronto acuitosi in tempi assai recenti fra le istanze di rispetto delle convinzioni personali – latamente intese – di un individuo, talvolta dell'*ethos* di un'organizzazione, e gli obblighi giuridici di adottare approcci non discriminatori da parte di singoli o di organizzazioni.

Il presente *Focus* intende offrire alcune prospettive di diritto italiano, europeo e straniero. La dimensione europea offre alcune coordinate per definire l'esperienza di altri ordinamenti con riguardo *in primis* all'obiezione di coscienza di un pubblico dipendente quando l'atto che è richiesto di compiere collida con le sue convinzioni più intime, sovente di matrice religiosa. In secondo luogo, vuole dare spunti per affrontare il tema, altrettanto complesso, del conflitto fra i valori propri di un'organizzazione (sia quella fondata su un *ethos* filosofico o religioso che quella neutra o mirante all'inclusione, quale può essere un ente pubblico) e quelli di un lavoratore. In quest'ultimo ambito l'attenzione sarà dedicata alla posizione del lavoratore associato a caratteristiche LGBT. Esula da questo *Focus* il fronte del conflitto interindividuale, ad esempio il conflitto fra libertà di espressione e la tutela della dignità delle persone LGBT.

### 2. Una questione oramai europea

Il tema è emerso in maniera significativa a livello europeo quando la Corte europea per i diritti umani decise il caso *Ladele*, analizzato in particolare nel saggio di Federica Grandi<sup>1</sup>. La sentenza rigettò il ricorso di un ufficiale di stato civile di un comune inglese che non intendeva celebrare le unioni registrate fra persone dello stesso genere invocando l'incompatibilità di tale atto con le proprie convinzioni religiose. Peraltro, rifiutò anche di compiere atti prodromici o successivi alla celebrazione in sé. Nel non accertare una violazione della Convenzione europea i giudici di Strasburgo hanno valutato per quel caso specifico che la regola di un ente pubblico che imponesse a propri dipendenti il rispetto di politiche di eguaglianza, senza consentire loro di esercitare una legittima obiezione di coscienza, non violava i diritti

\* Progetto Biodiritto, Università di Trento.

1 *Ladele e McFarlane c. Regno Unito*, n. 51671/10 e 36516/10, CEDH 2013 (estratti).



fondamentali della persona, segnatamente l'art. 9, considerato isolatamente e congiuntamente con l'art. 14 Cedu. Le scelte discrezionali di *policy* volte all'inclusione e alla non discriminazione sono, quindi, legittime e consentono di escludere istanze individuali volte ad opporvisi.

La sentenza *Ladele* non consente di concludere che soluzioni accomodanti sarebbero in conflitto con la Convenzione, ad esempio perché la tutela della libertà religiosa di cui all'art. 9 sarebbe eccessivamente lesiva di altri beni protetti dalla stessa Convenzione. Nella stessa pronuncia si ricostruisce come altre municipalità del Regno Unito avessero invece optato per modalità organizzative degli uffici che consentivano ad alcuni dipendenti di astenersi dal celebrare le unioni, fintantoché comunque il servizio ai cittadini fosse garantito.

Nei Paesi Bassi si è registrata per lungo tempo una dinamica simile<sup>2</sup>. Primo Stato al mondo ad introdurre il matrimonio egalitario, ha conosciuto anch'esso pubblici ufficiali che chiedevano di astenersi dal celebrare sodalizi fra persone dello stesso genere. Per molti anni il tradizionale approccio olandese improntato alla massima inclusività di tutte le sensibilità e culture, ha determinato in alcuni contesti in cui tali istanze individuali erano emerse soluzioni accomodanti. Alcuni dipendenti potevano così effettivamente obiettare ed astenersi dal celebrare unioni percepite come contrarie ai propri valori. Negli anni più recenti, tuttavia, è emerso in seno alla società olandese un vivo confronto. Ci si è domandati se tale accomodamento, legittimando l'obiezione di un pubblico ufficiale a celebrare ciò che la legge stabilisce essere un diritto fondamentale dei cittadini, non fosse in realtà contrario proprio ai valori fondamentali che sono alla base del matrimonio – detto per l'appunto – egalitario. A dare la stura alla discussione fu la dichiarazione politica del Governo insediato nel 2007 che riteneva legittime queste istanze<sup>3</sup>.

Il Governo chiese in data 3 gennaio 2012 al Consiglio di Stato di esprimersi. L'organo consultivo affermò in un approfondito parere non vincolante<sup>4</sup> che non solo doveva ritenersi lecita una tale prassi rispettosa dell'obiezione di coscienza, ma che essa poteva ritenersi forse dovuta proprio per evitare una violazione dell'art. 9 Cedu nella forma di una discriminazione quantomeno indiretta. Questa interpretazione pone alcuni dubbi, considerato che, se la stessa sentenza *Ladele* lascia un certo qual margine per soluzioni che tendono a rispettare obiezioni di coscienza di singoli dipendenti, il rigetto del ricorso non può che significare che non vi è un diritto ad obiettare e ad astenersi – quantomeno in chiave generale – dal partecipare in qualsivoglia maniera alla formazione di tali unioni.

Successivamente, è intervenuto il legislatore stesso nel 2014<sup>5</sup>. Il Parlamento olandese ha emendato il Codice civile e sancito l'obbligo per i pubblici dipendenti di adempiere ai propri doveri senza alcuna distinzione, ponendo così termine alle prassi di alcuni comuni e sancendo il primato dell'adempimento degli obblighi stabiliti dallo Stato in capo ai funzionari sulle loro convinzioni personali.

L'impossibilità di esercitare un'obiezione di coscienza con riguardo alla celebrazione di matrimoni egalitari è stata sancita anche dalla giurisprudenza spagnola e francese. Quest'ultima si concretizza nella statuizione del *Conseil constitutionnel*<sup>6</sup>, di cui dà ampio conto il saggio di Grandi e a cui si rinvia anche per l'analisi delle statuizioni a livello nazionale.

Anche i giudici spagnoli hanno trattato la questione, forse primi in Europa, considerata la riforma dell'istituto del matrimonio operata già nel 2005. La fattispecie assume una certa particolarità rispetto ad altri ordinamenti di stato civile come quelli italiano, francese e tedesco, in ragione delle specifiche competenze attribuite ai magistrati spagnoli. Trattasi di una situazione che ricorda quindi il caso, noto al giudice costituzionale italiano, della sentenza n. 196 del 1987 sull'obiezione di coscienza del giudice tutelare in merito all'autorizzazione all'interruzione volontaria della gravidanza<sup>7</sup>. Il *Tribunal Supremo*<sup>8</sup> ha così stabilito che non è data possibilità al magistrato di obiettare ed astenersi dall'adempiere agli ob-

2 Vedasi S. Smet, *Conscientious Objection to Same-sex Marriages: Beyond the Limits of Toleration*, in 11 *Religion & Human Rights* 114–39 (2016).

3 Maggiori dettagli sono offerti nell'analisi di tipo sociologico di M. Derks, *Een smet op de mooiste dag van je leven: de controverse van deweigerambtenaar*, in 11 *Religie & Samenleving* 101–21 (2016).

4 Consiglio di Stato, Parere del 9 maggio 2012, *Kamerstukken II*, 2011/12, 32550, n. 35.

5 *Wet van 4 juli 2014 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Algemene wet gelijke behandeling met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand die onderscheid maken als bedoeld in de Algemene wet gelijke behandeling*, pubbl. in *Staatblad*, n. 260, del 15 luglio 2016, in <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2014-260.html>

6 Consiglio costituzionale, decisione n. 2013-353 QPC del 18 ottobre 2013.

7 In *Il foro italiano*, 1988, I, 758, con nota E. Rossi, a cui si rinvia anche per le annotazioni critiche all'*obiter* di cui al considerato in diritto n. 3 della Corte secondo cui l'estrinsecazione di una fondamentale libertà individuale quale quella di associazione "soffre per il magistrato di limitazioni, avuto riguardo al dover questi pronunciare, tra l'altro, proprio sulle questioni familiari".

8 *Tribunal Supremo*, sentenza dell'11 maggio 2009, n. 3059.

blighi lui imposti quale incaricato dei registri dello stato civile, *inter alia* per la necessaria soggezione alla legge e per il rispetto dei caratteri di indipendenza, imparzialità e responsabilità, pena minare questi stessi principi fondamentali<sup>9</sup>.

### 3. La risposta italiana

La questione dell'obiezione di coscienza in Italia si è naturalmente posta molto tardi, quantomeno negli aspetti più pratici, stante il ritardo con cui l'Italia ha adottato una forma di riconoscimento delle coppie formate da persone dello stesso genere per il tramite della L. 20 maggio 2016, n. 76. Trattasi di una legge che non disciplina tale aspetto, di talché si dovrebbe concludere che la mancata previsione di un diritto all'obiezione di coscienza non la consenta. Almeno, ciò è necessaria inferenza se si accede alla tesi, invero nettamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, che il nostro ordinamento si fonda su un modello di tipizzazione delle fattispecie lecite di obiezione<sup>10</sup>. Tuttavia, soprattutto quando si verte di conflitti fra diritti fondamentali, vi è sovente margine per operare bilanciamenti che potrebbero introdurre, quale tutela implicita al sistema, liceità altrimenti non giustificabili sulla base delle disposizioni.

L'obiezione di coscienza, sulla falsariga di altre obiezioni previste dall'ordinamento italiano, ad esempio in materia di interruzione volontaria della gravidanza e di riproduzione umana medicalmente assistita, può non attentare ai diritti degli altri soggetti interessati dall'atto oggetto dell'obiezione, laddove l'amministrazione riesca ad attuare modalità organizzative tali da garantire il servizio senza che, quindi, l'esercizio della funzione pubblica nel suo complesso subisca alcuna menomazione. Grandi focalizza l'attenzione sull'art. 54, comma 1, Cost. e ritiene che il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza delle leggi e della Costituzione sia la norma che limiti, fino ad escluderla, la possibilità di sottrarsi a tali doveri. Si tratta, quindi, di una lettura già fatta propria anche da altri giudici apicali stranieri. Essa pone la matrice della non obiezione non nella tutela di valori quali eguaglianza o dignità delle persone gay o lesbiche, che si sentirebbero escluse da un servizio pubblico che ammette che le si possa escludere, bensì nel principio generale di ubbidienza e di soggezione del pubblico dipendente alle leggi dello Stato.

Il contributo di Roberto Toniatti porta, invece, sul parere del Consiglio di Stato al cosiddetto decreto ponte, ovvero sul DPCM 23 luglio 2016, n. 144, *Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76*. È un parere che può essere letto in maniera ancipite, poiché da una parte nega un diritto ad un'obiezione di coscienza, dall'altra di fatto lo introduce alla chetichella. Ad avviso della sezione consultiva, infatti, la questione perderebbe di importanza e una clausola di riconoscimento della legittimità dell'obiezione non è necessaria, in quanto il sindaco potrebbe astenersi dal celebrare le unioni civili e dal provvedere alle incombenze connesse, delegando l'ampia fascia di soggetti che possono officiare in sua vece. La soluzione della fungibilità viene inquadrata da Toniatti nei seguenti termini: "Non si tratta, di certo, di una soluzione accomodante studiata *ad hoc* quanto di una soluzione accomodante che si avvale delle norme di efficienza già esistenti nell'ordinamento".

E tuttavia queste norme di efficienza appaiono per tali ipotesi di obiezione vittime di una eterodeterminazione dei fini. Esse nascono dall'evidenza empirica per la quale, che si tratti del Sindaco di Morterone o quello di Roma, le competenze quale ufficiale di stato civile sono le medesime. La materiale necessità di delegare tali atti spiega le diverse e ampie categorie di soggetti delegabili. Il DPR n. 396/2000 prevede addirittura che, nel caso di dipendenti a tempo indeterminato la delega si perfezioni per accettazione tacita e la rinuncia sia legittima solo "per gravi e comprovati motivi" (art. 2, comma 3). Si tratta di delega non necessitante di giustificazione e tuttavia non per ciò stesso assoggettabile a

9 Si legge al punto 9: "En efecto, no se trata de que sea posible o no sustituir al encargado del Registro Civil en un caso concreto, ni de que haya formas de evitar perjuicios a terceros, sino del principio que somete al juez a la Ley en cualquiera de los cometidos que tiene atribuidos y convierte su intervención, precisamente por esa sumisión y por los otros rasgos que le caracterizan --independencia, imparcialidad, responsabilidad-- en garantía de los derechos e intereses legítimos de todos. Principio fundamental que se vería en cuestión desde el momento en que se subordinara a consideraciones de conciencia el cumplimiento de las funciones judiciales o, en este caso, registrales, previstas por normas legales válidas, especialmente, si como, en este caso, tienen un carácter técnico, absolutamente desvinculado de toda práctica religiosa".

10 Secondo altri vi sarebbe un diritto all'obiezione latente, che poi affiora secondo ipotesi tipizzate. Così, si è proposta una classificazione fra "obiezioni riconosciute" e "obiezioni non (ancora) riconosciute o rivendicate", vedi V. Turchi, "Obiezione di coscienza", in *Digesto/civ.*, XII, Torino, Utet, 1995, 518 ss. Più ampiamente sull'obiezione di coscienza nell'ordinamento italiano, L. Musselli, C.B. Ceffa, *Libertà religiosa, obiezione di coscienza e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017.

qualsiasi fine. Si pensi ad un sindaco che espressamente – sull'esempio di quanto avvenuto per le unioni civili – dichiarasse di delegare per principio tutti i matrimoni fra italiani e "arabi". A differenza dell'orientamento sessuale (età, disabilità, religione, convinzioni personali, ma non del genere<sup>11</sup>), caratteristica per la quale la direttiva 2000/78<sup>12</sup> limita la tutela non discriminatoria al solo settore dell'occupazione, l'origine etnica trova tutela anche nei settori dell'accesso e della fornitura di beni e servizi, all'istruzione, alla protezione sociale. Una tale condotta del sindaco, allora, potrebbe certamente essere inquadrata quale discriminazione nell'accesso ai servizi dello stato civile, con tutte le conseguenze, anche sotto il profilo probatorio (si pensi ad esternazioni alla stampa, alle rilevanze statistiche e alla prassi, fino a determinare la nota ripartizione aggravata dell'onere probatorio). Il fatto che la discriminazione per orientamento sessuale non copra anche l'accesso a tali servizi non consente, tuttavia, di ritenere ogni condotta dei sindaci irrilevante sotto tale profilo, anche se, come pare suggerire il Consiglio di Stato, un uso accorto dello strumento in sé neutro della delega consentirebbe – ma qui sta il *vulnus* del parere – di coprire siffatte condotte animate non da esigenze organizzative, bensì ideologiche, tanto più che la sezione consultiva declassa gli adempimenti di stato civile a mero "dovere civico"<sup>13</sup>.

Il collegio, pur negando spazio ad un'obiezione di coscienza in materia, che dovrebbe essere sempre espressa perché sia lecita, tuttavia delinea una prassi che segue in tutto e per tutto il calco della tradizionale disciplina dell'obiezione di coscienza tipizzata, così introducendo e legittimando alla chetichella ciò che aveva poc'anzi espressamente escluso, per di più con considerazioni talmente ampie da abbracciare non solo il sindaco, ma anche i dipendenti pubblici comunali e ogni altra figura di ufficiale di stato civile (capitano di nave, autorità consolare, ecc.)<sup>14</sup>.

Quanto al settore privato e alla possibilità per un lavoratore di sottrarsi ad adempimenti contrattualmente previsti, in Italia non constano casi. Tuttavia, sull'esempio del caso *Cedu McFarlane*, considerata anche l'importante presenza di organizzazioni dall'*ethos* religioso nel cosiddetto terzo settore, anche in Italia potrebbero emergere situazioni simili. Diversamente quanto già avvenuto in altri ordinamenti e, per l'appunto, nel Regno Unito. Il saggio di Andreas Yiannaros guarda tanto al settore pubblico quanto privato ed è volto proprio ad indagare il quadro normativo che si registra in Inghilterra a fronte di diversi casi, tutti risolti nel senso di non consentire ipotesi di obiezione di coscienza.

#### 4. Le organizzazioni di tendenza

La seconda parte del *Focus* è dedicata, invece, ad una prospettiva speculare alla prima. L'attenzione è rivolta non al lavoratore portatore di convinzioni personali (siano esse di matrice religiosa o filosofica) in contrasto con previsioni normative che possono essere associate all'eguaglianza dei diritti per orientamento sessuale, bensì all'organizzazione che discrimina in ragione di tale caratteristica o che comunque esprime valori che con tale caratteristica possono entrare in tensione.

La prima riflessione è condotta in parte da Andreas Yiannaros e s'interessa di come tali conflitti siano disciplinati nell'ordinamento inglese non solo con riguardo al lavoratore, ma anche all'organizzazione (es. le agenzie cattoliche per l'adozione). In quel contesto, infatti, negli anni più recenti il legislatore

11 Direttiva (CE) n. 2006/54 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in GUUE., L 204 del 26 giugno 2006, pp. 23 ss.

12 Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in GUUE., L 180 del 19 luglio 2000 pp. 22 ss.

13 Consiglio di Stato, sez. cons., parere n. 1695 del 21 luglio 2016, punto 4.

14 Si confronti il limite che la Sezione consultiva ha individuato per l'esercizio di questa surrettizia obiezione di coscienza. Dapprima ha offerto una ricostruzione assai originale dell'uso della nozione di "ufficiale dello stato civile", secondo cui nel non riferirsi espressamente al Sindaco il legislatore avrebbe voluto "proprio [...] tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti". Sennonché basterebbe legge il R.D. 09/07/1939, n. 1238, *Ordinamento dello stato civile*, in un'epoca in cui l'obiezione di coscienza non era certo riconosciuta dall'ordinamento, per comprendere che non è certo questa la *ratio* d'impiego di tale locuzione. Ciò che colpisce è il parallelismo fra le istruzioni operative che il Consiglio di Stato offre con la regolamentazione delle ipotesi tipizzate, con una coincidenza precisa dei confini. Per la Sezione consultiva la delega è risolutiva del problema, con il solo limite di non "in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso - il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile". Si confronti tale previsione con quella di cui all'art.9, comma 4, della L. 22/05/1978, n. 194, *Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*: "Gli enti ospedalieri e le case di cura autorizzate sono tenuti in ogni caso ad assicurare l'espletamento delle procedure . . .".

è intervenuto in maniera importante per introdurre una serie di divieti di discriminazione, non solo per orientamento sessuale e non solo nell'ambito lavorativo. Così, il divieto di non discriminare le persone gay e lesbiche anche nell'ambito dell'accesso a beni e servizi ha condotto a diversi pronunciamenti a sfavore di chi non offriva accesso al proprio *bed & breakfast* a coppie gay oppure di chi si rifiutava di offrire beni e servizi accessori alla celebrazione di una *civil partnership* o di un matrimonio.

Il commento di Laura Calafà riguarda, invece, il primo caso di discriminazione individuale verso una lavoratrice per orientamento sessuale e il secondo caso per quanto riguarda la discriminazione collettiva. Ancora più rilevante è che si tratta del primo caso che contrappone un'organizzazione di tendenza nella sua forma più significativa, ovvero un'organizzazione religiosa e segnatamente romano cattolica, ai diritti di un lavoratore in ragione delle vere o presunte caratteristiche della sua persona. Questa giurisprudenza è senz'altro di primaria rilevanza, perché vi era carenza di pronunciamenti coinvolgenti organizzazioni di tendenza successivi alla direttiva 2000/78, la quale interviene in maniera importante per ridelimitare i confini concessi ai datori di lavoro che siano portatori di un *ethos* filosofico o religioso. Il commento di Calafà ha il pregio proprio di soffermarsi su questo fronte e di mostrare come la tesi fatta propria dal Tribunale di Rovereto innovi rispetto al pregresso diritto pretorio, che antecede, come detto, l'entrata in vigore della normativa italiana di trasposizione della direttiva.

Successivamente alla ricezione del contributo è stata pubblicata anche la sentenza della Corte di appello di Trento di data 7 marzo 2017<sup>15</sup>, la quale ha in parte riformato l'ordinanza di primo grado. È stata confermata la natura discriminatoria individuale del rifiuto di riassumere la lavoratrice in ragione della sua indisponibilità a confermare o meno che convivesse con una donna, la natura di discriminazione collettiva delle dichiarazioni successive sull'inidoneità delle persone omosessuali a insegnare a minori, ma è stata altresì riconosciuta la condotta diffamatoria e ritorsiva posta in essere successivamente al primo evento, quando l'insegnante era stata accusata di aver parlato durante le sue lezioni di sesso con i minori, determinandone un grave turbamento. L'identificazione di una ritorsione, tanto più nelle forme della diffamazione, è elemento importante, perché testimonia del fatto che la parte datoriale, che notoriamente è in una posizione di forza, quantomeno economica, rispetto al lavoratore, non può porre in essere atti che mirino ad ostacolare la rivendicazione dei diritti fondamentali dell'individuo e rendere, almeno psicologicamente, più difficile il suo diritto di accedere alla giustizia. Il riconoscimento di un danno morale più importante, unitamente alle altre poste pecuniarie, ha determinato una condanna complessivamente di circa 65.000 euro, un importo che potrà efficacemente determinare condotte più prudenti e sperabilmente produrre quell'effetto dissuasivo a cui devono ispirarsi le sanzioni antidiscriminatorie secondo il diritto dell'Unione europea<sup>16</sup>.

Sulla scorta della giurisprudenza euroconvenzionale e della disciplina unionale, oggi le organizzazioni di tendenza vedono margini di manovra a tutela dell'integrità del proprio *ethos* nettamente inferiori al passato. Ciò è inevitabile, se si considera che negli ultimi decenni gli strumenti in favore della non discriminazione sono aumentati progressivamente, testimonianze di un *favor* verso l'individuo che maggiormente prevale rispetto alle esigenze di un'organizzazione che si suole chiamare in Italia di tendenza, sul calco del *Tendenzbetrieb* del diritto tedesco. Che la direttiva 2000/78 incida sul diritto pretorio che ha legittimato questa figura datoriale appare evidente anche nel contesto tedesco. Proprio nel 2016 sono state sollevate ben due questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia che riguardano la tutela da accordare a tali organizzazioni in casi in cui si lamenta una discriminazione a danno del lavoratore in ragione delle sue convinzioni personali. Nel caso *Egenberger*<sup>17</sup> la controparte è la Chiesa evangelica luterana e attiene al rigetto di una candidatura per un posto attinente ad un sportello antidiscriminatorio per ragioni etniche. Nell'altro caso, *I.R.*<sup>18</sup>, la questione attiene ad una clinica cattolica e al licenziamento di un medico a causa della sua vita familiare e della fine del legame coniugale. Sullo sfondo di questo caso, che pende da diversi anni e ha visto pronunciarsi diversi giudici, si pone anche il dialogo fra due corti portatrici di punti di vista diversi: da una parte la Corte federale del lavoro, che tende a limitare i margini dell'organizzazione e tutelare maggiormente il lavoratore; dall'altra la Corte costituzionale fe-

15 La sentenza di appello, al momento della chiusura redazionale, non era passata in giudicato e, quindi, ancora suscettibile di ricorso in Cassazione.

16 Su cui vedi L. Calafà, *Sul risarcimento 'dissuasivo' del danno da discriminazione nel diritto UE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, pp. 444 ss.

17 Il rinvio pregiudiziale in *Egenberger*, causa C-414/16, in GUUE, C 419 del 14 novembre 2016, p. 27, trova origine in *Bundesarbeitsgericht*, decisione del 17 marzo 2016 - 8 AZR 501/14 (A).

18 Il rinvio pregiudiziale in *IR*, causa C-68/17, in GUUE, C 144 dell'8 maggio 2017, p. 26, è stato deliberato pochi mesi dopo il precedente da *Bundesarbeitsgericht*, decisione del 28 luglio 2016, 2 AZR 746/14 (A).



derale, che, invece, nel caso specifico aveva imposto di tutelare primariamente l'organizzazione<sup>19</sup>. Con il rinvio, il giudice federale del lavoro intende porre al vaglio dei giudici dell'Unione la compatibilità con la direttiva della soluzione dei togati di Karlsruhe.

Infine, non si può non evidenziare che il rafforzamento della posizione del lavoratore si ritrova anche nella giurisprudenza di Strasburgo. In alcuni casi lo Stato è stato condannato per aver mal interpretato il bilanciamento fra gli interessi del datore di lavoro e il lavoratore. Complessivamente emerge dalle sentenze un derivato convenzionale che tende a riconoscere la prevalenza dell'organizzazione solo in quelle ipotesi in cui sarebbe altrimenti lesa la sostanza dell'indirizzo ideologico dell'organizzazione.

Preso atto che né la direttiva dell'Unione, né la giurisprudenza di Strasburgo accordano più un diritto assoluto all'integrità interna ed esterna dell'ortodossia ideologica, la tutela dell'*ethos* rileva e prevale laddove gli atti del lavoratore, per come posti in essere, possano minarne i tratti distintivi. Questa, almeno, parrebbe essere una nuova ipotesi ricostruttiva volta sì a tutelare l'*ethos* delle organizzazioni, ma nei limiti strettamente necessari a tutelarne l'esistenza più che la pretesa conformativa sui propri lavoratori<sup>20</sup>.

## 5. Bilanciamento non significa compromesso

Identificare gli interessi in gioco, misurarne la pertinenza e legittimità è la prima componente dell'opera di bilanciamento. Tuttavia, non si può concludere che bilanciare vuol dire concedere comunque un qualcosa a ciascun interesse. Se ogni dipendente deve garantire fedeltà alla Repubblica e rispetto delle sue leggi, allora non si può concludere che il bilanciamento si determini a favore di modalità pratiche che surrettiziamente consentono al funzionario di anteporre le proprie convenzioni agli obblighi cui soggiace.

Se la legge, invece, dovesse espressamente prevedere modalità di obiezione sul modello dell'interruzione volontaria di gravidanza, allora in tutta evidenza non si pone alcun problema di violazione della legge se questa comunque consente comunque di tutelare i diritti fondamentali in gioco. Tuttavia, estendere misure eccezionali quali l'obiezione di coscienza incide gravemente sulla tenuta del sistema e stimola la rivendicazione anche di obiezioni speculari. Si pensi al funzionario che rivendica il diritto di non celebrare matrimoni, in quanto, così facendo, contribuirebbe alla realizzazione di un istituto che, dal suo punto di vista, storicamente veicola e perpetra lo stigma verso minoranze sessuali.

Ancora, non tutelare il lavoratore in ragione della pretesa di un'organizzazione di far prevalere l'ortodossia di cui si ritiene portatrice (e, *ça va sans dire*, unica interprete) significa consentire ad una parte privata di delimitare i confini di efficacia dei diritti fondamentali caso per caso. L'*actio finium regundorum* non può che competere allo Stato, pena uno sgretolamento diffuso dell'ordinamento giuridico statale. Infatti, la platea di soggetti che potrebbero rivendicare un *ethos* sarebbe assai ampia.

L'art. 8 della Costituzione, nel riconoscere eguale libertà alle religioni, suggerisce che i margini di manovra siano li stessi tanto per cattolici che per evangelici, che per ebrei e indu. L'art. 9 Cedu suggerisce, poi, che i margini di manovra siano gli stessi tanto per le organizzazioni religiose quanto per quelle filosofiche. Il giudice non può farsi interprete delle diverse fedi ed ideologie. Non a caso la tradizione giurisprudenziale tedesca ha imposto una tipizzazione delle condotte ritenute contrarie al dovere di lealtà, una indicazione della gravità delle condotte e una preventiva definizione della sanzione proporzionata a tale gravità. In tal guisa il giudice non si fa interprete della religione, ma di un codice disciplinare in cui sono trasfusi i valori datoriali. Rimane salvo, in ogni caso, il sindacato del giudice sull'eventuale illegittimità di parti di tale codice.

Di fronte ad un innegabile genuino conflitto fra diritti fondamentali, i casi di contenzioso si profilano all'orizzonte sempre più numerosi, anche in Italia. D'altra parte, si è in presenza di una zona ancora

19 Corte costituzionale federale, decisione del 22 ottobre 2014, 2 BvR 661/1, BVerfGE 137, 273, e FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 2015, 118.

20 Si tratta di soluzioni non facilmente sussumibili in formule standard, poiché poi le organizzazioni adottano accorgimenti operativi per ampliare i limiti individuati dalla giurisprudenza. Si pensi al *Hosanna-Tabor Evangelical v. EEOC*, 132 S. Ct. 694, una decisione che ha riconosciuto ampi margini ogniqualvolta sia possibile sollevare l'eccezione ministeriale. La soluzione di molte organizzazioni è stata allora quella di attribuire la qualifica ministeriale a lavoratori che in sé svolgono mansioni che secondo gli schemi italiani definiremmo neutre. Per un commento alla sentenza *Hosanna-Tabor* si rinvia a M. Ventura, *L'eccezione ministeriale in Hosanna-Tabor. Dall'ingerenza visibile all'ingerenza invisibile*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, P. Annicchino (a cura di), Firenze, European University Institute, 2017, pp. 66 ss.

troppo grigia, anche a livello dottrinale<sup>21</sup>, in ragione di diversi fattori: l'assenza di giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Direttiva 2000/78; precedenti – per quanto risalenti – non armoniosi e talvolta con soluzioni di assoluto favore per le organizzazioni datoriali a detrimento delle libertà dei lavoratori; la problematica trasposizione nel decreto legislativo n. 216/2003. La dottrina giuslavoristica, ecclesiastica e costituzionale è chiamata a incrementare gli sforzi per proporre nuovi schemi di analisi. L'apporto ermeneutico che darà la Corte di giustizia, pur non riguardando l'orientamento sessuale, consentirà di capire se finalmente la persona, il lavoratore conquisterà quella centralità nella tutela dei diritti che è il portato più importante del ventesimo secolo. Tanto più nella Repubblica italiana, che sul lavoro e la dignità dei lavoratori è fondata.

---

21 A livello dottrinale italiano, tuttavia, forse si sta registrando un interesse rinnovato e che per certo aumenterà in ragione dei casi pendenti avanti il giudice di Lussemburgo. Tra i saggi più recenti si segnalano M. Ranieri, *Tendenza e organizzazione: emersione di un fenomeno e destrutturazione di una fattispecie*, in *Diritti lavori mercati*, 2016, pp. 607 ss., nonché i diversi contributi in A. Viscomi (cur.), *Diritto del lavoro e società multiculturale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, *passim*.

Federica Grandi\*

## Unione civile e obiezione di coscienza: “questo matrimonio non s’ha da fare, né domani, né mai”

### Sommario

1. Introduzione – 2. La delega delle funzioni come soluzione per “alleggerire” le questioni di coscienza – 3. La giurisprudenza sull’obiezione di coscienza ai matrimoni *same-sex* e la diretta azionabilità del diritto – 4. Obiezione e pubbliche funzioni: l’ostacolo insormontabile dell’art. 54 Cost. – 5. Brevi considerazioni conclusive

### Abstract

Come è accaduto anche in altri Paesi, la decisione di disciplinare le unioni tra persone dello stesso sesso è stata seguita dall’annuncio di alcuni sindaci, incaricati dalla legge di provvedere alla celebrazione e registrazione delle unioni, di sottrarsi a questi uffici per ragioni di coscienza. Il problema dell’obiezione di coscienza, però, in questo caso non va tanto guardato per il profilo della necessità di una specifica norma che la autorizzi, bensì nell’ottica del dovere a cui si chiede di venire meno.

*Just like in other Countries, the decision to discipline same-sex unions, in Italy, has been followed by announcements by a few mayors - the officers who are in charge of celebrating and registering the unions -, to neglect those duties for conscientious reasons. Conscientious objection, notwithstanding, shouldn't be looked at, in this case, according to a norm's necessity to allow it, but rather with regard to the duty to which one is asked to disobey.*

### 1. Introduzione

Con la L. 20 maggio 2016, n. 76 (“Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze”) il legislatore ha approvato la prima disciplina organica relativa alle unioni fra persone dello stesso sesso che introduce un negozio giuridico che si distingue dal matrimonio sotto diversi profili<sup>1</sup>.

\* Dottoressa di ricerca in diritto costituzionale e diritto pubblico generale, Università di Roma “La Sapienza”. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referee* a doppio cieco.

1 In breve, le persone legate in forza del nuovo istituto non hanno la possibilità di adottare, non devono provvedere alle pubblicazioni in comune e, inoltre, non sono gravate dall’obbligo di fedeltà. Sul rapporto tra unione civile e matrimonio: cfr. M. Gattuso, *Le Unioni civili in mare aperto: ecco il progetto di legge che andrà in Aula al Senato*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2015; A. Schillaci, *Le parole, la politica, il diritto: cambia davvero qualcosa con l’approvazione dell’emendamento Fattorini?*, in *ivi*. Molto critico sulle scelte relative al rapporto tra istituto matrimoniale e unione civile: N. Colaianni, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in *Federalismi.it*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2016, n. 2, pp. 12 ss. Critico per ragioni opposte è A. Ruggeri, *Unioni civili e convivenze di fatto: famiglie mascherate (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016)*, in *Consulta online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, II. Per approfondimenti sul concetto di “unione non matrimoniale” (anche tra persone di sesso diverso) e sul relativo quadro normativo, precedente alla l. n. 76/2016: L. Conte, *Le unioni non matrimoniali. Relazione al Convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, “La famiglia davanti ai suoi giudici”*,

Nell'unico articolo della legge<sup>2</sup>, il comma 2 stabilisce che "due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni", mentre il comma 3 dispone che "l'ufficiale di stato civile provvede alla registrazione degli atti di unione civile tra persone dello stesso sesso nell'archivio dello stato civile"<sup>3</sup>.

La legge, dunque, pone a carico dei comuni - e segnatamente dei sindaci - precisi obblighi in riferimento alla celebrazione del rito dell'unione civile e alla trascrizione nei registri dello stato civile della stessa, nonché dei matrimoni *same-sex* contratti all'estero<sup>4</sup>.

All'indomani dell'introduzione nell'ordinamento del nuovo istituto, taluni sindaci hanno minacciato di opporre l'obiezione di coscienza al compimento dei suddetti uffici, non volendo partecipare alla realizzazione (giuridica) della volontà di persone dello stesso sesso di formare una famiglia, dato l'assoluto contrasto di questa scelta con i loro convincimenti proprio sulla famiglia<sup>5</sup>.

Annunci di questo tipo non sono una novità: come accaduto negli altri ordinamenti che hanno già da tempo disciplinato le unioni tra persone dello stesso sesso, il dissenso verso la decisione del legislatore di riconoscere rilevanza giuridica a queste unioni ha assunto le vesti dell'obiezione di coscienza<sup>6</sup>. Orbene, simili dichiarazioni impongono di chiedersi fino a che punto siano legittimi i comportamenti di queste coscienze dissenzianti<sup>7</sup> a fronte del fondamentale interesse all'effettività dell'ordinamento, senza dimenticare, inoltre, il particolare status del soggetto che - nella vicenda in attenzione - obietta i propri convincimenti alla realizzazione degli indirizzi legislativi. Da una parte, dunque, si pone il problema della diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza, a prescindere dall'intervento del legislatore, che presuppone sia pacifico che l'obiezione di coscienza sia una delle tante forme del diritto alla libertà di coscienza e alla libertà religiosa. Dall'altra, è necessario interrogarsi se sia corretto importare nel campo delle unioni civili il dibattito sull'obiezione di coscienza, sic et simpliciter, assumendo che il patrimonio di conoscenze sin qui accumulato sull'obiezione valga sempre e comunque, con la conseguenza di poterne invocare il riconoscimento legislativo in ogni ambito.

---

Catania, 7-8 giugno, <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2013/05/CONTE.pdf>; inoltre, sul carattere "(bio)logico" del matrimonio nell'esperienza comparata: cfr. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 173 ss.

- 2 Sulla scelta della tecnica dell'articolo unico criticamente: M. Belletti, *Matrimoni, unioni civili, convivenze di fatto: cosa cambia? Profili di legittimità costituzionale della nuova normativa* (legge 20 maggio 2016, n. 76), in *Osservatorio costituzionale*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 2016, n. 2, pp. 1 s.
- 3 Il comma 28 delega il Governo "ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di unione civile tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:
  - a) adeguamento alle previsioni della presente legge delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni;
  - b) modifica e riordino delle norme in materia di diritto internazionale privato, prevedendo l'applicazione della disciplina dell'unione civile tra persone dello stesso sesso regolata dalle leggi italiane alle coppie formate da persone dello stesso sesso che abbiano contratto all'estero matrimonio, unione civile o altro istituto analogo;
  - c) modificazioni ed integrazioni normative per il necessario coordinamento con la presente legge delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti."
 In attuazione della suddetta delega sono stati adottati tre decreti legislativi. Segnatamente, il Governo ha provveduto con il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 5 all'adeguamento delle disposizioni dell'ordinamento dello stato civile in materia di iscrizioni, trascrizioni e annotazioni, nonché alle modificazioni e alle integrazioni normative per il necessario coordinamento con la disciplina delle unioni civili delle disposizioni contenute nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti e nei decreti; con il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 6 alle modificazioni e alle integrazioni nell'ambito specifico della materia penale; infine, con il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 7 alle modifiche e al riordino delle norme di diritto internazionale privato per il suo adeguamento alla legge n. 76 del 2016.
- 4 Per una riflessione sulla vicenda della trascrizione dei matrimoni contratti all'estero: B. Pezzini, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di cassazione 4184/2012*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), pp. 4 ss.
- 5 Si vedano gli articoli di A. Rapicetta, *Sindaci obiettori sulle unioni civili? Tecnicamente una falsità. Ecco perché*, pubblicato su [www.unita.tv](http://www.unita.tv); C. Coppola, *Unioni civili: è possibile l'obiezione di coscienza?*, pubblicato su [www.gaypost.it](http://www.gaypost.it); G. Cerrelli, *Unioni civili. "L'obiezione di coscienza è legittima"*, pubblicato su [www.tempi.it](http://www.tempi.it).
- 6 Cfr. A. Sperti, *Libertà di coscienza, libertà di impresa e divieto di discriminazione nel recente "caso della torta nuziale"*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).
- 7 S. Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1993, p. 58.



## 2. La delega delle funzioni come soluzione per “alleggerire” le questioni di coscienza

Prima di addentrarsi nel campo specifico dell'obiezione di coscienza, è opportuno prendere in considerazione un istituto che potrebbe essere impiegato dai sindaci per rendere meno gravosi, entro certi limiti, gli obblighi relativi alla celebrazione e alla registrazione delle unioni civili eventualmente invisibili alla coscienza.

Si tratta delle previsioni contenute nell'art.1, comma 3, D.p.r. n. 396/2000 (“Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della L. 15 maggio 1997, n. 127”), una norma di portata generale, che non sembra tollerare eccezioni in riferimento alla funzione in questione e che consente il trasferimento dell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile assegnate ai sindaci ad un soggetto diverso dal titolare<sup>8</sup>. Tale previsione, in particolare, dispone che *“Le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate ai dipendenti a tempo indeterminato e, in caso di esigenze straordinarie e temporalmente limitate, a tempo determinato del comune, previo superamento di apposito corso, o al presidente della circoscrizione ovvero ad un consigliere comunale che esercita le funzioni nei quartieri o nelle frazioni, o al segretario comunale. Per il ricevimento del giuramento di cui all'articolo 10 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, e per la celebrazione del matrimonio, le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate anche a uno o più consiglieri o assessori comunali o a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale”*.

Il successivo art. 2 provvede, dunque, a specificare ulteriormente i caratteri della suddetta delega. Essa, segnatamente, nel caso venga accordata a *“dipendenti a tempo indeterminato del comune ed al segretario comunale deve essere conferita con provvedimento del sindaco da comunicare al prefetto e resta valida sino a quando non viene revocata”* (comma 2) e *“può riguardare l'esercizio totale o parziale delle funzioni e non richiede accettazione. Il delegato può rinunciare per gravi e comprovati motivi con atto ricevuto dal sindaco. La rinuncia ha effetto dopo trenta giorni se entro tale termine non viene respinta”* (comma 3). Qualora la delega, invece, sia conferita a un soggetto che non è dipendente a tempo indeterminato del comune, e comunque non si tratti del segretario comunale, essa necessita di accettazione espressa e *“può formare oggetto di rinuncia con atto indirizzato al sindaco che produce i suoi effetti dal giorno successivo a quello del suo ricevimento”* (comma 4).

Quanto alla giustificazione della delega, non sembrano frapporsi ostacoli alla possibilità di invocare i motivi di coscienza. Generalmente, infatti, l'unica motivazione presente nella delega consiste nella necessità di assicurare una più efficace ed efficiente erogazione del servizio<sup>9</sup>, senza ulteriori specificazioni in riferimento alla sua natura, sì da lasciare al sindaco la più ampia discrezionalità in punto di opportunità del trasferimento a terzi dell'esercizio delle funzioni di ufficiale dello stato civile<sup>10</sup>.

La delega in questione, si badi, non priva il sindaco della titolarità delle funzioni di titolare dello stato civile (art. 2, comma 1): in forza di ciò questi può revocarla in ogni momento<sup>11</sup>. Ma, soprattutto, qualora il soggetto delegato non voglia esercitare le funzioni trasferite, esse dovranno necessariamente essere esercitate dal titolare, ossia dal sindaco.

8 Il sindaco riveste contemporaneamente due uffici: l'omonimo ufficio monocratico presso il comune e l'ufficio di rappresentante del Governo sul territorio. Sotto quest'ultima veste non possiede alcun apparato organizzativo, ma lo mutua dall'ente comune. Ad ogni modo è il sindaco stesso - a meno che non abbia concesso la delega - a esercitare le funzioni statali (anche se le attività meramente preparatorie sono svolte da altri) sebbene nella disposizione si legga *“sovrintende”* (art. 54, D.lgs. 267/2000): C. Mignone, *Art. 10*, in C. Mignone, P. Vipiana, M.P. Vipiana, *Commento alla legge sulle autonomie locali*, I, Torino, UTET, 1993, pp. 109 s.

9 Come è stato osservato in sede consultiva dal Consiglio di Stato, 25 novembre 2010, n. 5172: *“La delega delle funzioni statali di stato civile ed anagrafe da sempre è consentita nell'ordinamento per evidenti ragioni organizzative (ad esempio, l'art. 1, terzo comma del R.D. 9 luglio 1939, n. 1238, in materia di ordinamento dello stato civile, già prevedeva che il podestà potesse delegare le funzioni di ufficiale dello stato civile a uno o più consultori o, in mancanza, ad altre persone che hanno i requisiti per la nomina a consultore, mentre per gli atti di nascita, di morte e di richiesta della pubblicazione di matrimonio la delegazione poteva essere fatta anche al segretario comunale o ad altri impiegati del comune). L'evoluzione normativa più recente è certamente diretta ad un ampliamento della potestà di delega delle funzioni di stato civile ed anagrafe [...in forza di una] ragione ispiratrice consistente nella necessità di fornire al cittadino un servizio celere ed efficiente”*.

10 Cfr.: G.U. Rescigno, *I poteri e le funzioni del sindaco, con particolare riferimento alla loro delegabilità*, in *Regioni e governo locale*, 1991, pp. 716 s.; M. Sica, *Sindaco*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, 1999, pp. 261 s.; P. Vipiana, *Art. 38*, in C. Mignone, P. Vipiana, M.P. Vipiana, *cit.*, pp. 475 ss.

11 Il sindaco deve dare comunicazione al prefetto della revoca della delega, così come dell'eventuale rinuncia del delegato (comma 5).

Orbene, quando c'è una norma che autorizza all'obiezione di coscienza, il comportamento inosservante non ha delle conseguenze giuridiche per il titolare dell'obbligo, giacché della prestazione diviene titolare un terzo soggetto (come è nel caso dell'art. 9 della l. n. 194 del 1978) ovvero l'obbligo viene convertito in una prestazione non sgradita alla coscienza (come accadeva per la leva maschile obbligatoria prima della sua sospensione).

Così non è però per il sindaco alla luce della disciplina richiamata, dal momento che ai sensi del comma 1 dell'art. 2 del D.p.r. n. 396/2000, rimane comunque titolare dell'ufficio. Egli dunque non può in alcun modo impedire che si realizzino gli effetti del potere di cui conserva la titolarità<sup>12</sup>, a meno che non voglia incorrere nella responsabilità di cui all'art. 328 c.p.

La soluzione della delega, quindi, non risolve il problema dell'obiezione del pubblico ufficiale, semplicemente lo rinvia, poiché - si ripete - se il delegato rifiutasse di adempiere agli uffici derivanti dalla l. n. 76/2016 essi dovrebbero essere comunque compiuti dal sindaco.

Di fronte a tale scenario, non appare neppure risolutivo semplicemente trasferire la titolarità degli uffici controversi in capo al prefetto, superiore gerarchico del sindaco<sup>13</sup> quale ufficiale del Governo sul territorio<sup>14</sup>. La soluzione in parola appare evidentemente discriminatoria: sarebbe molto difficile difendere una scelta legislativa che, senza una motivazione ragionevole, non riconosce alla coscienza dei prefetti la stessa tutela che nella medesima situazione accorda ai convincimenti interiori dei sindaci<sup>15</sup>.

### 3. La giurisprudenza sull'obiezione di coscienza ai matrimoni *same-sex* e la diretta azionabilità del diritto

Negli ordinamenti che hanno già da tempo disciplinato giuridicamente le unioni tra persone dello stesso sesso<sup>16</sup>, il problema del riconoscimento in capo al sindaco o al pubblico ufficiale di un diritto all'obiezione di coscienza in termini di astensione legittima e giustificata è già emerso all'attenzione della giurisprudenza con esiti sostanzialmente univoci. Le rivendicazioni di questi nuovi obiettori, difatti, non hanno trovato accoglimento presso il giudice straniero e sovranazionale che ha sempre affermato che la legittimità dell'esercizio dell'obiezione di coscienza ha bisogno di un'espressa previsione legislativa e, nondimeno, la mancata previsione della clausola di astensione non viola la libertà di coscienza, né altri diritti costituzionalmente garantiti.

Il Tribunale supremo spagnolo con la sentenza n. 3059 dell'11 maggio 2009, affrontando la prima controversia riguardante il rifiuto di un giudice - anziché di un ufficiale dello stato civile - di procedere alla registrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha deciso in senso sfavorevole al preteso diritto all'obiezione di coscienza<sup>17</sup>, alla luce della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

A distanza di qualche mese è arrivata alle stesse conclusioni la sezione civile della Corte d'appello d'Inghilterra e Galles (*Ladele c. London Borough of Islington*, 15 dicembre 2009, n. 1357). In questo caso, l'obiezione di coscienza venne opposta da una dipendente del *London Borough of Islington*, addetta ai

12 Cfr. Centro Studi Livatino, *Legge sulle unioni civili, sindaci e ipotesi di obiezione di coscienza*, <http://www.centrostudilivatino.it/legge-sulle-unioni-civili-sindaci-e-ipotesi-di-obiezione-di-coscienza/>.

13 Cfr. L. Giovenco, *Sindaco*, in *Nuovissimo digesto italiano*, XVII, 1970, p. 440.

14 Come affermato dal Consiglio di Stato (sentenze 26 ottobre 2015, nn. 4897, 4898 e 4899; sulla vicenda si vd.: L. Morassutto, *Le scelte del TAR Friuli fra poteri dei prefetti e trascrizioni dei sindaci*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)) poiché l'art. 54, comma 3, D.lgs. n. 267/2000, assegna al sindaco la tenuta dei registri di stato civile quale ufficiale del Governo, allo stesso tempo prevede in capo al prefetto il potere di intervenire in caso di sua inerzia (comma 11). Anche le funzioni assegnate ai sindaci dalla legge n. 76 del 2016 si riferiscono a questa veste: dunque si avrebbero gli stessi esiti nel caso di inerzia del sindaco, salve le conseguenti responsabilità in capo a quest'ultimo.

15 Per tutti: L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, 1997, 899 ss.

16 Sul punto: A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, pp. 255 ss.

17 Ancor prima, nel 2007, in Gran Bretagna, un magistrato membro di un collegio competente in materia di adozione, a seguito del rifiuto opposto alla partecipazione ai giudizi riguardanti l'affidamento dei bambini alle coppie omosessuali per ragioni di coscienza, venne costretto alle dimissioni. Ciò venne ritenuto legittimo dalla magistratura: in particolare, la limitazione della libertà di coscienza dell'obiettante è stata giudicata del tutto proporzionata rispetto al fine della imparziale amministrazione della giustizia: *McClintock v. Department of Constitutional Affairs*; consultabile dal sito [www.bailli.org](http://www.bailli.org).

pubblici registri, che si era rifiutata di presiedere le cerimonie civili tra persone dello stesso sesso e di registrare le relative unioni<sup>18</sup>. La donna venne sottoposta a un procedimento disciplinare all'esito del quale venne esonerata dalla celebrazione delle cerimonie e successivamente licenziata quando decise di rifiutarsi comunque di registrare le unioni tra persone dello stesso sesso celebrate da altri<sup>19</sup>.

La vicenda è quindi giunta avanti la Corte europea dei diritti dell'Uomo configurata come discriminazione sul luogo di lavoro per motivi religiosi. La Corte si è pronunciata per la legittimità del licenziamento della donna addetta alla registrazione del matrimonio, argomentando che il dovere di non discriminare le coppie omosessuali è un principio consolidato nella propria giurisprudenza. Il giudice di Strasburgo ha motivato, altresì, che agli Stati deve essere lasciato il più ampio margine di apprezzamento, in termini di modalità di realizzazione come di importanza del riconoscimento della libertà di coscienza, all'interno dell'ordinamento nazionale. In forza di ciò, è stato ritenuto legittimo che gli Stati possano scegliere di privilegiare il diritto di una coppia omosessuale a vedere registrata la propria unione rispetto a quello a manifestare la propria fede (che nel caso in specie era integrato dal rifiuto di celebrare e formalizzare l'unione).

Anche successivamente a questa pronuncia, l'obiezione di coscienza alla registrazione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso è tornata all'attenzione del giudice straniero, questa volta francese. Il *Conseil constitutionnel*, nello specifico, facendo proprio l'indirizzo della Corte Edu ha affermato che: *"qu'en ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013, pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil; qu'en égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience"*.

Anche per il *Conseil*, dunque, spetta al legislatore bilanciare il diritto alla eguale erogazione del servizio a tutti con la tutela della libertà di coscienza del pubblico ufficiale chiamato a intervenire al perfezionamento del matrimonio *same-sex*. Più nello specifico, come osservato dal Segretario generale del *Conseil* nel Commento ufficiale alla sentenza, il legislatore non ha operato la medesima scelta per la *"clause de conscience"* come nel caso dell'interruzione volontaria della gravidanza almeno per tre ragioni:

- 1) l'attività richiesta all'ufficiale dello stato civile consiste nell'assicurare l'applicazione e il rispetto della legge, giacché *"Le respect de la loi est inhérent à la fonction de l'officier de l'état civil"* (ma su tale aspetto si tornerà più specificamente dopo);
- 2) il principio di neutralità del servizio pubblico si oppone al riconoscimento della facoltà di astensione per motivi filosofici o religiosi.
- 3) l'atto che deve compiere il pubblico ufficiale non implica il medesimo grado di coinvolgimento per la coscienza rispetto alle attività per cui la normativa sull'interruzione della gravidanza consente l'obiezione di coscienza<sup>20</sup>.

Anche a livello interno, il massimo giudice amministrativo, lo scorso 21 luglio<sup>21</sup>, in occasione della pubblicazione del necessario parere sul decreto che istituisce i registri per le unioni civili<sup>22</sup>, ha preso posizione sulla possibilità di opporre l'obiezione di coscienza alla celebrazione di queste unioni. In particolare, il Consiglio di Stato ha rilevato che nella legge sulle unioni civili non è stata introdotta una previsione che autorizza l'astensione dal compimento degli adempimenti dell'ufficiale dello stato civile in riferimento alla celebrazione e alla registrazione dell'unione, giacché *"un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'«obiezione di coscienza» sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge"*. Il Consiglio di Stato, dunque, ha diradato ogni dubbio circa la necessità dell'intervento legislativo per

18 E. Sorda, *Lavoro e fede nella Corte di Strasburgo. Note a margine della sentenza Eweida e altri c. Regno Unito*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013.

19 Il codice di condotta dell'istituzione in cui era impiegata la signora Ladele, difatti, imponeva di assicurare uguale dignità e parità di trattamento a dipendenti e utenti, a prescindere da età, genere, fede, orientamento sessuale.

20 Si vd: A.M. Lecis Cocco-Ortu, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); nonché M. Saporiti, *Mariage pour tous e obiezione di coscienza in Francia*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2014.

21 Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, 21 luglio 2016 n. 1695.

22 Si tratta del già ricordato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 luglio 2016, n. 144 "Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'articolo 1, comma 34, della legge 20 maggio 2016, n. 76". Peraltro, la posizione in questione è già stata seguita in sede giurisdizionale: Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione di Brescia, sentenza del 29 dicembre 2016 n. 1791.

poter sollevare obiezione di coscienza avverso l'obbligo giuridico gravante sul pubblico ufficiale in forza della legge sulle unioni civili<sup>23</sup>.

Il riconoscimento della diretta azionabilità del diritto all'obiezione di coscienza si conferma così tutt'altro che pacifico<sup>24</sup>, come sembra dimostrare la storia e la logica dei diritti di libertà a cui appartiene il diritto alla libertà di coscienza da cui gemmerebbe la possibilità della giustificazione esclusivamente pretoria di eventuali comportamenti obiettori non legalizzati dal legislatore. I diritti di libertà, difatti, ben lungi dall'essere strumenti di eversione rispetto agli indirizzi politici legittimi, rappresentano la risposta del costituzionalismo alla richiesta di tutela dalle compressioni abusive del potere politico nella sfera individuale dei soggetti in dissenso. Essi sono, però, in perfetta armonia con la potestà del legislatore di prefiggersi indirizzi politici legittimi, quando invece il tratto caratteristico dell'obiezione di coscienza è il conflitto fra la coscienza ed il comando della legge. In altre parole, i diritti di libertà, come è stato efficacemente osservato, "non sono prefigurati come argine al perseguimento dell'interesse pubblico, quale interpretato dalle maggioranze parlamentari nel rispetto dei valori costituzionali, bensì come strumento per impedire, sotto le mentite spoglie della realizzazione di un interesse pubblico, il perseguimento di interessi di potere di gruppo a danno della collettività"<sup>25</sup>.

Tuttavia, ciò che osta al "matrimonio" tra unioni civili e obiezione di coscienza non è tanto la mancata previsione legislativa della clausola di astensione in favore dei sindaci, bensì la posizione del sindaco all'interno dell'ordinamento, quale titolare di un ufficio pubblico (e in questo senso "funzionario"). D'altronde, proprio a questo alludono le statuizioni del giudice francese ("*Le respect de la loi est inhérent à la fonction de l'officier de l'état civil*"), ossia allo speciale rapporto di fedeltà che lega ogni funzionario all'ordinamento<sup>26</sup>.

23 "In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la «coscienza individuale» possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto «obiettore» chiede l'applicazione": Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli atti normativi, 21 luglio 2016 n. 1695.

24 Taluni autori riconoscendo nell'obiezione di coscienza "la dimensione positiva della libertà di coscienza" (L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, p. 216.) o il suo lato attivo (R. Bertolino, *L'obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, 1991, pp. 4), arrivano a sostenere che la libertà per ciascun consociato di agire secondo coscienza nella propria vita di relazione – ovviamente nell'ambito del giuridicamente rilevante – non può che essere garantita anche attraverso la diretta azionabilità dell'obiezione di coscienza, a prescindere dalla sua autorizzazione da parte del legislatore (G. Dalla Torre, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, R. Botta (a cura di), Atti del convegno di studi, Modena, 30 novembre-1 dicembre 1990, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 28 ss.). La Corte costituzionale pare aver sempre affermato la necessità dell'intervento del legislatore (cfr. A. Pugiotto, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, X, 1995, pp. 249 s.) onde ritenere legittimo l'esercizio dell'obiezione di coscienza. In particolare, è stato chiarito che "l'obiettore di coscienza riconosciuto" (come tale dalla legge) gode di una posizione soggettiva specifica, sebbene "non contemplata (anche se non esclusa: cfr. sentenza n. 164 del 1985) dalla Costituzione" (sentenza n. 113 del 1986; nello stesso senso la sentenza n. 408 del 1989). Il legislatore, quindi, può attribuire a taluni motivi di coscienza "una determinata e limitata capacità di deroga a specifici doveri costituzionali di solidarietà civile e politica" (sentenza n. 422 del 1993), tuttavia l'eventuale diritto dell'obiettore deve essere sempre bilanciato con gli altri interessi che di volta in volta vengono in rilievo, con la conseguenza che quando si tratta di soddisfare uffici indeclinabili e primari essa non può trovare riconoscimento: cfr. sentenza n. 196 del 1987 (vd. *infra* par. 4). Tale necessità è confermata anche quando il Giudice costituzionale sottolinea l'assolutezza assiologica della libertà di coscienza, precisando che le previsioni che legalizzano l'obiezione di coscienza sono governate dalla regola della "ragionevole proporzionalità e della necessità della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile" (sent. n. 467 del 1991).

25 G. Gemma, *Brevi note critiche sull'obiezione di coscienza*, in *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello Stato democratico*, cit., p. 328.

26 Citazione tratta dalle osservazioni del Segretario generale del Conseil nel Commento ufficiale alla sentenza, accessibile dal collegamento: [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013353QPCccc\\_353qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013353QPCccc_353qpc.pdf).



#### 4. Obiezione e pubbliche funzioni: l'ostacolo insormontabile dell'art. 54 Cost.

Il paradigma dell'obiezione di coscienza, come noto, esige che vi sia un soggetto gravato da un obbligo in forza di un comando giuridico, e allo stesso tempo che quel comportamento, oggetto del comando medesimo, sia in contrasto irrisolvibile con un suo convincimento di coscienza che non necessariamente coincide con un preciso canone religioso, etico, morale perché è la coscienza che da sé medesima determina cosa non è negoziabile.

Nel caso delle attività di cui alla legge n. 76 del 2016, a ben guardare, non si tratta di una prestazione personale come accade per la leva militare o per l'interruzione della gravidanza, bensì del compimento di un'attività giuridica, peraltro di diritto pubblico.

Prevedere in questi casi una facoltà di astensione legittima anche per i sindaci, significa riconoscere il potere di rifiutare il perfezionamento di un negozio giuridico, ossia la potestà di impedire che una situazione già esistente nella realtà possa diventare rilevante per l'ordinamento. Siccome, poi, stiamo parlando di un pubblico potere, non solo non si tratta di svolgere un'azione materiale, ma il soggetto obiettante è chiamato ad esercitare una competenza nell'interesse della collettività<sup>27</sup>, e proprio ad essa chiede di sottrarsi.

Queste considerazioni immettono nell'ulteriore prospettiva che il potere politico, al pari di ogni altro potere, necessita di una amministrazione<sup>28</sup>, ossia di un'«organizzazione di funzioni». Come insegna la scienza giuspubblicistica, infatti: «Lo Stato come tutte le altre persone giuridiche deve, nell'esercizio delle sue *funzioni*, necessariamente servirsi di organi che lo rappresentino, cioè di *funzionari*. Senza di essi, poiché la sua volontà è in sostanza volontà di uomini, lo Stato non potrebbe possedere, e tanto meno dichiarare e attuare una sua propria volontà»<sup>29</sup>. L'idea stessa di Stato implica necessariamente quella di pubblico funzionario, che è tenuto a manifestare la volontà dello stesso con date forme, in certe condizioni ed entro una sfera ben delimitata di competenza, individuata dall'ordinamento onde perseguire il fine pubblico assegnatogli.

Ciò posto, persuade l'idea che se sull'obbedienza si gioca l'esistenza degli ordinamenti<sup>30</sup> - e per tale ragione si giustifica la necessaria positivizzazione delle previsioni che autorizzano l'obiezione di coscienza<sup>31</sup> - a maggior ragione ciò è vero quando si tratti di esercitare potestà pubbliche, giacché i pubblici poteri per modificare la realtà hanno bisogno in primo luogo dell'obbedienza dei soggetti cui affidano le funzioni connesse alla realizzazione dei fini pubblici.

27 Sono elementi costitutivi dell'ufficio pubblico, da un lato, «le *funzioni* relative a fini di interesse pubblico e, dall'altro, i *poteri* necessari per l'esercizio di tali funzioni [...]». Le facoltà conferite ad ogni pubblico ufficio per l'esercizio del suo mandato sono un'emanazione del potere sovrano; ed il complesso delle facoltà stesso costituisce quel *ius imperii* che è proprio di ogni autorità pubblica»: M. Giriodi, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* V. E. Orlando (a cura di), I, Milano, Società Editrice Libreria, 1900, pp. 225 s.; nello stesso senso S. Romano, *Funzionario*, in *Digesto italiano*, XI, 1892-1898, pp. 941 s.

28 M. Weber, *Economia e società*, IV, Milano, Edizioni di comunità, 1981, p. 50.

29 S. Romano, *Funzionario*, cit., p. 938.

30 Come osservato dalla dottrina, «La definizione dell'effettività, quando si sofferma sulla necessaria obbedienza dei soggetti, non fa che continuare nella sua descrizione dell'ordinamento, inesistente se i soggetti, invece di convivere ordinatamente nel complessivo rispetto dei precetti legislativi, seguono soltanto le loro particolari volizioni»: P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 82.

31 L'obiezione di coscienza è lo specchio di un modello di democrazia che presuppone l'incontro/scontro di differenti visioni del mondo alla ricerca di un metodo per il reciproco riconoscimento (cfr. S. Lariccia, A. Tardiola, *Obiezione di coscienza*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamenti, III, 1999, pp. 815 ss.), e in questo senso viene letta come una possibilità per rendere più intima e convinta l'obbedienza all'ordinamento giuridico (A. Passerin d'Entrèves, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, 64; più recentemente, D. Paris, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli, 2011, 69). Pur tuttavia, l'obiezione di coscienza appare muoversi tra «lo Scilla dell'omologazione culturale... e il Cariddi della disgregazione implicata da un pluralismo tanto estremo» che diventa fondamentalismo: il costituzionalismo contemporaneo, quindi, cerca di evitare il pericolo rappresentato da questi opposti affidandosi «alla necessaria mediazione di una legge doverosamente «aperta», ma anche vincolata da un quadro condiviso di riferimento generale che la sovrasta» (così S. Prisco, *Laicità. Un percorso di riflessione*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 112). A muovere da queste considerazioni, dunque, nella prospettiva costituzionalistica, appare opportuno guardare all'obiezione anche a partire dalla sistemazione della scelta individuale nel quadro degli equilibri della comunità, inserendo la pretesa dell'obiettore nell'architettura dei doveri costituzionali (in tal senso, se si vuole, F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014).

Ogni discorso sui soggetti che esercitano poteri pubblici, quindi, rinvia “ai rapporti tra il gruppo, e la collettività (giuridica) che è alla base dell’ordinamento, e la sua organizzazione, nel momento in cui questa si pone come soggetto agente nella cura degli interessi propri del gruppo stesso”<sup>32</sup>. Ciò, dunque, appare richiamare l’art. 54 Cost., previsione che, al comma 1, racchiude il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza delle leggi e della Costituzione, mentre, al comma 2, dispone sul dovere di fedeltà qualificata del funzionario pubblico<sup>33</sup>.

Quanto al comma 1 è nota la divergenza sorta in dottrina sui rapporti tra dovere di fedeltà e di osservanza. Taluni li considerano coincidenti<sup>34</sup>; altri li ritengono due doveri distinti<sup>35</sup>, leggendo nel dovere di fedeltà un dovere autonomo da quello di osservanza, giacché in esso sarebbero consacrati vincoli di carattere ideologico e/o politico a protezione dei principi repubblicani, per assicurare la discontinuità rispetto al precedente regime monarchico ovvero per garantire l’effettivo e corretto adempimento delle funzioni pubbliche. Quest’ultima tesi però non sembra trovare riscontro nella giurisprudenza costituzionale che, nelle rare occasioni in cui ha impiegato il parametro del dovere di fedeltà alla Repubblica, lo ha sempre richiamato assieme a quello di osservanza della Costituzione e delle leggi<sup>36</sup>.

In realtà, appare verosimile che l’equivoco di fondo di questa distinzione tra i doveri del comma 1 dell’art. 54 Cost. si celi nella sovrapposizione tra oggetto *politico* del dovere di fedeltà e il suo contenuto *giuridico*<sup>37</sup>. Segnatamente, se il contenuto giuridico del dovere di fedeltà di cui all’art. 54 è l’osservanza dovuta all’ordinamento, il suo oggetto politico è la fedeltà alla comunità politica che ha prodotto quell’ordinamento. Proprio questa distinzione permette di apprezzare più distintamente che il dovere di osservanza per soggetti che esercitano poteri pubblici rinvia ad un legame politico più intenso in ragione della centralità di queste figure nella realizzazione dei fini pubblici. La lettera dell’art. 54, comma 2, Cost., d’altronde, ordina a chi svolge pubbliche funzioni di “*adempiere con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*”.

La disobbedienza del titolare di pubbliche funzioni, allora, nell’ottica del dovere di fedeltà/osservanza è un rischio insostenibile per qualsiasi ordinamento che desideri essere effettivo, perché renderebbe condizionata l’attuazione degli indirizzi politici, minando altresì il vincolo politico di appartenenza più stretta che caratterizza il rapporto dei funzionari con la Nazione, al cui esclusivo servizio sono votati, anche in forza dell’art. 98, comma 1, Cost.<sup>38</sup>.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 196 del 1987, d’altronde, chiamata a pronunciarsi, sul conflitto tra “convincimenti interni *virtutis et vitiorum*” del giudice tutelare in sede di autorizzazione della minore all’aborto (funzionario pubblico anch’esso), ha ritenuto dovesse prevalere “doverosità di *satisfacere officio*” da parte del soggetto titolare dell’ufficio, motivando tale decisione, “*a parte i contenuti*

- 
- 32 G. Marongiu, *Funzionari e ufficio nell’organizzazione amministrativa dello Stato*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol I., Amministrazione e organizzazione, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 395 ss.
- 33 Sebbene la nozione non abbia nell’ordinamento un significato univoco, sembra potersi sostenere che è “funzionario” l’assegnatario di un ufficio pubblico (S. Terranova, *Funzionario (dir. pubbl.)* in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, 1969, pp. 280 ss.). Il concetto di ufficio nel diritto pubblico serve sia per descrivere l’organizzazione dei pubblici poteri sia “per spiegare il fenomeno dell’imputazione di atti umani direttamente a realtà giuridiche immateriali, all’organizzazione pubblica stessa, rendendo, al contempo, per così dire, irrilevante la personalità fisica di chi agisce, e, a volte, irrilevante persino la sua legittimazione ad agire”: A. Agrifoglio, *Ufficio (dir. amm.)*, in *Idem*, XLV, Milano, 1992, p. 670.
- 34 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1994, p. 166.
- 35 G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 129 ss.; spec. nota 84; *Idem*, *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, pp. 165 ss.; L. Ventura, *Art. 54*, in *Rapporti politici. Artt. 53-54*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994; *Idem*, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 1984; più recentemente, A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, Giuffrè, 2013.
- 36 Corte costituzionale, sentenze n. 100 del 1966; n. 109 del 1968; n. 1 del 1974; n.16 del 1973 e n. 31 del 1982; per alcuni versi, n. 196 del 1987. Senza contare che chi ritiene i due doveri non coincidenti appare ammetterne la sovrapponibilità nel momento in cui si impegna nella ricerca di norme la cui “inosservanza” integri la violazione del dovere di fedeltà.
- 37 In tal senso: G. Galante, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto*, in *Fardelli d’Italia. L’unità nazionale tra coesione e conflitti*, F. Bilancia, F.M. Sciallo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno (a cura di), Napoli, Jovene, 2011, pp. 193 ss.
- 38 Sul legame più intenso che caratterizza la posizione del pubblico funzionario: si vd. Corte costituzionale sentenza n. 206 del 1999, ove è stata ritenuta legittima una previsione - che imponeva ai dipendenti pubblici condannati per alcuni reati, seppure in via non definitiva, la sospensione dal servizio, salva poi la revoca della sospensione nel caso di successiva sentenza di proscioglimento o di assoluzione - in ragione del “rapporto politico che lega gli utenti e i destinatari dell’attività amministrativa a coloro che, occupando pubblici uffici, hanno il dovere di adempiere le funzioni pubbliche loro affidate «con disciplina ed onore» (art. 54, comma 2, Cost.), ponendosi «al servizio esclusivo della Nazione» (art. 98, comma 1, Cost.)”; vd. pure *Idem*, sentenza n. 145 del 2002.

di doverosità presenti nell'art. 54, secondo comma, Cost.", in ragione del generale interesse all'"indeclinabile e primaria realizzazione della esigenza di giustizia"<sup>39</sup>.

La ricostruzione proposta sembra trovare conferma, altresì, nella giurisprudenza amministrativa, laddove è stato affermato che: "Non è possibile che lo Stato ammetta che alcuni suoi organi ed enti [...] ignorino le sue leggi e l'autorità dei tribunali, dopo che siano esauriti tutti i rimedi previsti dall'ordinamento, in quanto questo comporta una rottura dell'ordinamento costituzionale non altrimenti sanabile". Ma soprattutto che tale inosservanza sia giustificata invocando "motivi di coscienza" giacché, «a chi avanza motivi di coscienza si può e si deve obiettare che solo gli individui hanno una "coscienza", mentre la "coscienza" delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano»<sup>40</sup>.

Se dunque l'unica coscienza del funzionario pubblico è la legge in ragione dello speciale rapporto di fedeltà dovuta all'ordinamento, il cui contenuto politico è un obbligo di obbedienza insuscettibile di eccezioni, allora mai potrà apparire legittima una norma che autorizzi il sindaco ad opporre l'obiezione di coscienza alla celebrazione delle unioni civili e alla loro registrazione.

## 5. Brevi considerazioni conclusive

L'introduzione della disciplina sulle unioni civili avrebbe potuto essere accompagnata da un'ipotesi di astensione legittima come accadde nel caso della legalizzazione dell'interruzione volontaria di gravidanza<sup>41</sup>. La scelta di non farlo appare però condivisibile non solo in termini di opportunità politica, bensì di legittimità costituzionale.

Il problema dell'obiezione di coscienza nell'ambito della legislazione sulle unioni civili, in altre parole, interessa il diritto costituzionale non tanto per l'assenza di una previsione positiva - come invece vorrebbe la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo - bensì in ragione del dovere a cui si vuol opporre l'obiezione.

39 Tra i commentatori della sentenza, alcuni, condividendo la decisione della Corte, hanno escluso la legittimità di un eventuale intervento del legislatore che estendesse al giudice tutelare la facoltà di astensione di cui all'art. 9 della legge n. 194 del 1978 (E. Rossi, *L'obiezione di coscienza del giudice*, in *Il foro italiano*, 1988, I, p. 761); altri, comunque simpatetici con il pronunciamento del Giudice costituzionale, lo hanno criticato per il mancato richiamo del parametro dell'art. 101 Cost. per il quale il giudice è sottoposto solo alla legge (J. Luther, *L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1987, pp. 2995 s.). Altri ancora non condividendo il decum della sentenza, ossia il non aver esteso la copertura offerta dall'art. 9, ravvisando nell'attività svolta dal giudice tutelare un coinvolgimento anche maggiore della sua coscienza rispetto a quanto accade per i soggetti che potevano invocare l'obiezione di coscienza ai sensi dell'articolo appena richiamato (S. Mangiameli, *La "libertà di coscienza" di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche. A proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore*, in *Ibidem*, 1988, p. 529).

40 Così: Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sentenza del 6 aprile 2016 n. 650, che richiama Consiglio di Stato, sentenza del 2 settembre 2014 n. 4460). Entrambi i pronunciamenti si riferiscono alla stessa vicenda riguardante il rifiuto di una amministrazione regionale di dare esecuzione ad un provvedimento della magistratura divenuto definitivo, opponendo motivi di coscienza. Il Consiglio di Stato nella pronuncia appena richiamata, tra l'altro, ha censurato l'amministrazione rilevando che: "La risoluzione del potenziale conflitto tra libertà del paziente e coscienza del medico, anche prescindendo dal ruolo della "coscienza" di cui la Regione intende impropriamente farsi portavoce, non può del resto trovare il proprio punto di equilibrio nella totale compressione della prima, come assume la Regione, assegnando una aprioristica prevalenza alla seconda e determinando, perciò, l'illegittimo rifiuto della struttura sanitaria o dell'intero Servizio Sanitario Regionale, nella sua totalità, a ricoverare il paziente che ne faccia richiesta" (punto 55.7 parte "in diritto").

41 Cfr. Commissione Giustizia Camera dei deputati, *Indagine conoscitiva in merito all'esame della proposta di legge c. 3634, approvata dal senato, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, mercoledì 9 marzo 2016, in [http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02\\_convivenze/2016/03/09/indice\\_stenografico.0001.html](http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/stenografici/html/02/indag/c02_convivenze/2016/03/09/indice_stenografico.0001.html). In particolare si segnala l'intervento del portavoce dell'Associazione ProVita (Fiore), che nella valutazione della necessità di una previsione che autorizzi all'obiezione di coscienza invita "anche a riflettere sul fatto che bisogna vedere il motivo per cui si sta facendo obiezione di coscienza, se si tratta di una convinzione personale, o comunque rara nella società, oppure se addirittura ha una rilevanza sociale macroscopica. Quanto all'obiezione di coscienza sul matrimonio civile, ad esempio, noi sappiamo che anche a livello religioso il matrimonio viene visto come un istituto naturale. Dal punto di vista sociale oggi non sarebbe un problema sociale macroscopico, se pensiamo che stiamo parlando di un istituto che per millenni è stato osteggiato dalla coscienza di molte persone. Ancora oggi tra gli Stati dell'ONU una minoranza in realtà riconosce le unioni omosessuali. Ho citato prima istituzioni come la Chiesa cattolica, ma potrei citare documenti ufficiali della Congregazione della dottrina della fede, che impongono la possibilità di obiezione di coscienza ai fedeli. Quindi, si può essere d'accordo o meno e ovviamente se non si è credenti magari non si è d'accordo, però bisogna sapere che in Italia ci sono milioni di persone che si sentono obbligate in coscienza a non cooperare alla realizzazione di un'unione del genere".

Le vicende della celebrazione e della trascrizione delle unioni civili vanno apprezzate, in questa sede, nel loro essere espressione di pubblico potere, sicché ritenere che l'obiezione di coscienza non sia un diritto costituzionale direttamente azionabile, ma un diritto rimesso alla discrezionalità politica, nel caso dei sindaci non basta. La legittimità dell'eventuale ipotesi di obiezione giustificata deve essere valutata, in primo luogo, in ragione della sua compatibilità con il dovere di fedeltà e di osservanza della legge.

Ebbene, il diritto all'inosservanza della legge non può in alcun caso essere riconosciuto a chi esercita poteri come quelli riconosciuti ai sindaci dalla l. n. 76/2016, giacché l'ordinamento non può fare a meno della loro obbedienza in nessun caso, se vuole garantirsi la sopravvivenza<sup>42</sup>.

A queste conclusioni però si arriva guardando all'obiezione di coscienza da una prospettiva capovolta nella quale la legittimità delle ipotesi di inosservanza legalizzate va valutata in ragione degli obblighi a cui si chiede di venir meno.

È il dovere, difatti, a plasmare l'obiezione di coscienza, non il diritto.

---

<sup>42</sup> Lo scritto, in vero, guarda il problema dell'obiezione di coscienza considerando il sindaco solo come ufficio del governo. Tuttavia non può tacersi che alla previsione dell'obiezione di coscienza ostano motivi collegabili, altresì, all'altra natura del sindaco, quella di organo elettivo del comune. A questo riguardo non può tacersi che il posizionamento "morale" dei candidati potrebbe diventare un'arma elettorale, con intuibili effetti sulla regolarità dello svolgimento degli uffici relativi alla celebrazione e alla registrazione delle unioni civili.



**Roberto Toniatti\***

## Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull'ineguaglianza delle forme familiari

### Sommario

1. Introduzione – 2. La soluzione: (a) la fungibilità nell'esercizio della funzione di ufficiale di stato civile quale fattore di dissuasione rispetto all'opposizione dell'obiezione di coscienza del sindaco – 3. La soluzione: (b) la differenziazione costituzionale e legislativa fra l'unione civile fra persone dello stesso sesso e il matrimonio ex art. 29 Cost. quale motivo di giustificazione dell'inopponibilità dell'obiezione di coscienza del sindaco – 4. Conclusioni

### Abstract

L'Autore commenta il parere reso dal Consiglio di Stato il 21 luglio 2016 sullo schema di decreto per la prima, provvisoria applicazione della legge sulle unioni civili fra persone dello stesso sesso, soffermandosi sulle considerazioni espresse in merito alla possibilità per gli ufficiali di stato civile di esercitare un'obiezione di coscienza. Dopo aver presentato il punto di vista dei giudici, secondo cui il Sindaco potrà comunque delegare ad altri la costituzioni di tali unioni, l'Autore pone in rilievo come la soluzione proposta si risolva in un assetto altamente accomodante e compromissorio. Inoltre, si pone in evidenza come la soluzione proposta pare poggiare su una distinzione qualitativa fra matrimonio e unione civile, sì che quest'ultima non richiederebbe una disciplina specifica per l'obiezione di coscienza, disciplina che invece potrebbe essere più giustificata in caso di apertura al matrimonio egalitario.

*The Author gives his comment on the Council of State's opinion (July 21th, 2016) on the draft ministerial decree providing for a provisional regulation for the implementation of the act on civil unions between same sex persons. The comment focuses on the Council of State's reasoning concerning the possibility of Mayors (or of any public official in charge) to abstain from the celebration of such civil unions on conscientious objection ground. The Author recalls how the judicial reasoning basically leaves open the possibility for Mayors to delegate the exercise of the function to other public officials, thus suggesting that the opinion has chosen in favour of a highly accommodating solution based on a compromise; furthermore, the emphasis is on the qualitative distinction between marriage and civil union that provides the ground for the pragmatic solution: because of such a distinction, a specific provision allowing for conscientious objection is not required, whereas the comment suggests that the Council of State's opinion might implicitly require such a specific provision in the case of regulation of an egalitarian marriage.*

### 1. Introduzione

Il Parere che la Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato ha reso sullo schema del decreto previsto dal comma 34 dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016 n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") formula - e si esprime su - un'ipotesi di opposizione dell'obiezione di coscienza da parte del pubblico ufficiale chiamato a darne appli-

\* Ordinario di Diritto costituzionale comparato, Università di Trento.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.

cazione, *in primis* il sindaco. L'elaborazione stessa dell'ipotesi, la soluzione prospettata per la gestione – più che per il superamento vero e proprio – dei suoi eventuali problemi applicativi e le argomentazioni addotte dal CdS a sostegno della propria lettura dell'innovazione normativa di certo non sono casuali. Né l'ipotesi, né la soluzione né, evidentemente, le argomentazioni, benché non obbligate in quanto non sono infatti direttamente ricavabili dal testo dello schema di decreto sottoposto al Parere<sup>1</sup> ma, a nostro giudizio, sono da ricondursi essenzialmente a ragioni di opportunità istituzionale delle quali il CdS ha ritenuto di doversi far carico. Tali ragioni di opportunità ci sembrano oggettivamente finalizzate sia, nell'immediato, ad assicurare la tempestiva entrata in vigore non solo del regolamento – per quanto deliberatamente introduttivo di una disciplina solo provvisoria – ma soprattutto della legge stessa, sia anche a presentare una ricostruzione del quadro costituzionale e legislativo che, in prospettiva, possa fungere da deterrente rispetto alla concretizzazione di prassi di contestazione dell'istituto delle unioni civili tra persone dello stesso sesso che il Parere stesso qui analizzato asserisce integrare la nozione di ordine pubblico<sup>2</sup>. L'ipotesi di una obiezione di coscienza circa “i doveri di adempimento da parte dei Comuni in ordine alle richieste formulate dalle coppie omosessuali aventi diritto” viene presentata come una “seconda questione di carattere generale” (la prima essendo l'individuazione del fondamento costituzionale dell'innovazione legislativa introdotta, su cui oltre) conseguente, molto genericamente, alla “possibilità stessa, evocata di recente da alcuni sindaci, di una “obiezione di coscienza” motivabile con il rifiuto, in base a convinzioni culturali, religiose o morali, di concorrere – appunto, nella qualità di sindaco – a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso” (Punto 4).

Il Parere, pertanto, si fa in tal modo eco formale di una componente di opposizione ideologica alla disciplina del fenomeno sociale che ha connotato anche in Italia il dibattito pubblico che per anni ha accompagnato il lavoro del legislatore sul tema e che a lungo è riuscita ad impedire il conseguimento di qualsivoglia risultato legislativo. Tale opposizione si è tradotta, fra l'altro, anche nella presentazione di emendamenti *ad hoc* al testo del disegno di legge e, dopo la faticosa approvazione della legge n. 76 del 2016 (con ricorso politicamente obbligato alla posizione della questione di fiducia da parte del governo in carica), si è mostrata e si mostra tuttora incline a trasformare l'opposizione politica e parlamentare all'esercizio della funzione legislativa in ostruzionismo all'applicazione amministrativa della legge stessa, anche proprio attraverso l'invocazione dell'obiezione di coscienza<sup>3</sup>.

Giova pertanto ricostruire criticamente, nell'ordine, la soluzione e le argomentazioni elaborate dal Parere della Sezione consultiva al fine di (cercare di) contenere il potenziale di sviluppo di una “questione obiezione di coscienza” alla celebrazione di unioni civili tra persone dello stesso sesso<sup>4</sup>.

- 1 Del resto, nel Parere si premette al ragionamento un'asserzione circa i propri margini materiali di intervento che lo stesso CdS si accorge essere alquanto scontata (“L'esame del Consiglio di Stato sul decreto inviato per il parere è volto, com'è evidente, a verificare se le disposizioni della norma primaria siano ben attuate, senza che, ovviamente, il precetto normativo regolamentare possa introdurre materie nuove o diversamente configurate rispetto a quanto la legge stabilisce”, Punto 4).
- 2 L'asserzione stessa è finalizzata alla disapplicazione della legge straniera incompatibile con la disciplina italiana, come specificato dal Punto 22 del Parere.
- 3 Ad esempio, si veda la sentenza di accoglimento parziale (Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, Sezione Prima, Brescia, sentenza del 29 dicembre 2016, n. 1791) in relazione al tentativo di porre in essere una sorta di “declassamento ambientale” risultante discriminatorio rispetto delle unioni civili fra persone dello stesso sesso da parte di un Comune (Stezzano) che, con atto della Giunta, aveva dedicato alla celebrazione di queste ultime un locale distinto (di fatto, una stanza giudicata dai ricorrenti “angusta e indecorosa” ... “assai diversa dalla sala di rappresentanza del municipio riservata alla celebrazione dei matrimoni civili”) da quello riservato per la celebrazione dei matrimoni fra persone di sesso diverso e, anziché ricorrere ad una delega formale da parte del sindaco, aveva disciplinato “le modalità di esercizio di una funzione, stabilendo che la celebrazione delle unioni civili sia effettuata da soggetti (i consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità dei consiglieri, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile) differenti da quello (sindaco) cui è attribuito il compito di officiare i matrimoni eterosessuali”.
- 4 L'obiezione di coscienza è stata efficacemente qualificata come “tema di «frontiera», perché si colloca al confine estremo fra diritto positivo e riflessione teorica sui fondamenti e i limiti del diritto, del diritto dello Stato democratico in specie, fra mondo delle norme e mondo della storia degli uomini e dei popoli; interpellata ogni ordinamento giuridico che pretenda effettività e insieme voglia mantenersi fedele a certe premesse ideali; coinvolge a fondo i rapporti fra norma (e autorità) e soggetti che ne sono i destinatari, nonché i rapporti fra ordinamenti diversi (in specie fra ordinamenti «civili» e religiosi)”, in V. Onida, in *Prefazione a D. Paris, L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Firenze, Passigli Editori, 2001, 13. Nell'ordinamento italiano l'obiezione di coscienza è riconosciuta sempre in relazione a singole fattispecie determinate dalla legge e nei limiti formali da quest'ultima definiti. In dottrina cfr. C. Piciocchi, *Diritto e coscienza: circoscrivere per garantire, in nome del pluralismo*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2016, fasc. 1; M. D'Amico, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, Franco Angeli, 2016; B. Liberali, *Il diritto di obiezione di coscienza nella procreazione medicalmente assistita: quale configurazione a seguito delle decisioni della Corte costituzionale?*, in *Forumcostituzionale* [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 novembre 2015; F. Grandi, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale

## 2. La soluzione: (a) la fungibilità nell'esercizio della funzione di ufficiale di stato civile quale fattore di dissuasione rispetto all'opposizione dell'obiezione di coscienza del sindaco

In prima istanza, sono da richiamare le valutazioni che il CdS elabora in ordine alla configurazione generale dei *diritti di coscienza* nell'ordinamento italiano<sup>5</sup>.

Il Parere nega espressamente che l'opponibilità del primato della coscienza individuale rispetto all'adempimento di un obbligo previsto dalla legge possa ammettersi al di fuori di una esplicita previsione legislativa e sostiene, per converso, che nell'ordinamento italiano l'obiezione di coscienza in tanto possa validamente invocarsi in quanto essa costituisca presupposto per l'attivazione di una facoltà prevista dalla legge<sup>6</sup>.

L'obiezione di coscienza *tout court*, dunque, che prescinda da una previa disciplina positiva, non può essere legittimamente invocata al fine di sottrarsi alle sanzioni che l'ordinamento abbia stabilito per chi rifiuti l'adempimento di un obbligo, se non, verosimilmente, in ipotesi estreme incompatibili con la forma di stato vigente in Italia e identificabili con il diritto (e dovere etico) di resistenza<sup>7</sup>.

Nel caso di specie, osserva il Parere, non solo la legislazione non ha introdotto una disciplina *ad hoc* ma anzi, giacché "dai lavori parlamentari risulta che un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'"obiezione di coscienza" sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento"<sup>8</sup>, di

---

scientifica, 2014; S. Prisco, L. Cappuccio, *Obiezione di coscienza e trattamenti sanitari obbligatori*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Milano, Paravia, 2000, 51ss.

- 5 Ricordiamo in proposito la sentenza n. 43 del 1997 della Corte costituzionale (giudice relatore Gustavo Zagrebelsky), nella quale - prospettando la "configurazione unitaria di un principio di protezione dei cosiddetti diritti della coscienza" risultante dagli articoli 2, 3, 19 e 21, primo comma, Cost. e dalla giurisprudenza della Corte - si precisa che "tale protezione, tuttavia, non può ritenersi illimitata e incondizionata. Spetta innanzitutto al legislatore stabilire il punto di equilibrio tra la coscienza individuale e le facoltà ch'essa reclama, da un lato, e i complessivi, inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone, dall'altro, affinché l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi" (Punto 5 del Considerato in diritto).
- 6 Così il Punto 4 del Parere: "Ritiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una "questione di coscienza" - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una "auto-qualificazione" effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento [...] Allorché il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto "obiettore" chiede l'applicazione".
- 7 Precisa infatti il Parere (Punto 4) che "il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato - pur in assenza di riconoscimento con legge - nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge. Ricordiamo che il diritto di resistenza è stato formalizzato dall'art. 20.4° della Legge Fondamentale tedesca ("Tutti i tedeschi hanno diritto di resistenza contro chiunque si appresti a sopprimere l'ordinamento vigente, se non sia possibile alcun altro rimedio", il corsivo è aggiunto) nel più ampio contesto della definizione, prescrizione e garanzia circa la forma di stato. La traduzione è tratta da E. Palici di Suni Prat, F. Cassella e M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, 2° ed., Padova, Cedam, 2001, 342.
- 8 Riproduciamo il testo dell'emendamento 1.361 (respinto) - introduttivo di un articolo 27-bis - presentato dall'on. Fabrizio Di Stefano (FI-PdL) in data 6 aprile 2016 in Commissione Giustizia della Camera dei Deputati e in data 10 maggio 2016 in Assemblea: "Nell'esercizio del diritto alle libertà di pensiero, coscienza e religione, i sindaci ed i loro sostituti, gli assessori comunali, i consiglieri comunali, i segretari comunali, i funzionari comunali e circoscrizionali, gli impiegati addetti allo stato civile e i dipendenti comunali, anche esercenti mansioni esecutive, possono dichiarare la propria obiezione di coscienza alla costituzione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e ad ogni atto ad esse antecedente, conseguente o comunque connesso. La dichiarazione, da presentarsi per iscritto al sindaco ed al prefetto, produce effetto immediato e va eseguita entro sei mesi dall'entrata in vigore della presente legge ovvero all'atto dell'assunzione della carica pubblica o dell'instaurazione del rapporto lavorativo. Se obiettore è il sindaco, la dichiarazione va presentata solamente al prefetto. Nessuno può subire conseguenze sfavorevoli per avere dichiarato la propria obiezione di coscienza. I comuni hanno l'obbligo di rendere noto il diritto ad esercitare l'obiezione di coscienza, nonché di predisporre la modulistica per la dichiarazione di obiezione di coscienza e di trasmettere al prefetto, per conto dell'obiettore, la dichiarazione ricevuta. L'obiettore è esonerato dalle attività antecedenti, conseguenti o comunque connesse alla dichiarazione di cui al comma 2, alla registrazione di cui al comma 3, alla certificazione di cui al comma 9, alla dichiarazione di cui al comma 10, all'annotazione delle convenzioni patrimoniali e delle

quest'ultimo rileva proprio l'intento di far "constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge". Il silenzio della legge sarebbe pertanto da interpretarsi non come una lacuna normativa bensì come esclusione tacita dell'opponibilità dell'obiezione di coscienza<sup>9</sup>.

Nondimeno, se è un dato oggettivo che una previsione positiva manca e che, anzi, emerge una volontà implicita ma storicamente verificabile contraria al riconoscimento di uno spazio di legittimità per l'obiezione di coscienza, nel ragionamento svolto dal Parere un riconoscimento indiretto e surrettizio dell'opponibilità dell'obiezione di coscienza riemerge dal contesto organizzativo nel quale le funzioni dell'ufficiale di stato civile devono essere esercitate.

La soluzione proposta dal CdS, infatti, si basa sul presupposto della distinzione fra, da un lato, l'imputazione dei "doveri di adempimento [...] in ordine alle richieste formulate dalle coppie omosessuali aventi diritto" che si colloca in capo ai Comuni e, dall'altro, la virtuale opponibilità delle proprie "convinzioni culturali, religiose o morali" da parte del sindaco al fine di motivare l'astensione dal "concorrere – appunto, nella qualità di sindaco – a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso".

In proposito, osserva il CdS, per un verso, che "il Legislatore ha affermato che tali adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico" e, per altro verso, che "il Legislatore [...] al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti – quella degli ufficiali di stato civile – proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente".

Osserva altresì il Parere che "del resto, è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell'ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della "coscienza individuale" del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione – il che la legge non consentirebbe in alcun caso – il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile".

In altre parole, la celebrazione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso è obbligo istituzionale del Comune quale ente territoriale e non già di un suo organo o di un suo ufficio, sicché nell'ambito dell'ente una singola figura non è titolare esclusiva della funzione e rispetto all'esercizio di quest'ultima si configura un regime di fungibilità fra una pluralità di possibili soggetti<sup>10</sup>.

Proprio tale fungibilità nello svolgimento della funzione di ufficiale di stato civile sembra costituire la premessa della soluzione prospettata dal CdS: l'ipotesi dell'obiezione di coscienza viene di conse-

---

loro modifiche di cui al comma 13, alla dichiarazione dello straniero di cui al comma 19 in relazione all'articolo 116, comma 1, del codice civile, alla manifestazione di volontà di cui al comma 24, nonché alla manifestazione di volontà di cui al comma 27. La dichiarazione di obiezione di coscienza può essere revocata in qualsiasi momento".

9 Nel corso dei lavori parlamentari in Commissione Giustizia è stato osservato (on. A. Zan, PD) che la questione dell'obiezione di coscienza potrebbe "porsi, oltre che con riferimento alle unioni tra persone dello stesso sesso, anche in relazione al matrimonio con rito civile, qualora il sindaco o l'ufficiale di stato civile, appellandosi alle proprie convinzioni religiose, si dichiarassero contrari a tale ultimo istituto". Si è replicato (on. G.L. Gigli, DeS-CD) che "l'ipotesi richiamata dal collega Zan, circa l'eventuale rifiuto dell'ufficiale di Stato civile di celebrare il matrimonio non sia pertinente. Osserva, infatti, come l'obiezione di coscienza si profili esclusivamente quando sono in gioco diritti «naturali», tra i quali, oltre che quello alla vita, anche quello alla difesa della società «naturale» fondata sul matrimonio, quale richiamata dall'articolo 29 della Costituzione. A suo giudizio, sarebbe quindi paradossale parlare di obiezione di coscienza quando la stessa sia volta ad impedire l'esercizio di un diritto fondamentale, quale quello delle parti ad unirsi in matrimonio, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 29 della Costituzione già richiamato", in Camera dei Deputati, Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari, Giustizia (II), martedì 19 aprile 2016.

10 Giova ricordare che, ad integrazione degli articoli 106 e 107 del codice civile, l'art. 1, comma 2° del dPR 3 novembre 2000 n. 396 ("regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'art. 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997 n. 127"), applicabile anche nel contesto dell'unione civile fra persone dello stesso sesso, ha disposto che "le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate ai dipendenti a tempo indeterminato del Comune, previo superamento di apposito concorso, o al presidente della Circoscrizione ovvero a un consigliere comunale che esercita le funzioni nei quartieri o nelle frazioni, o al segretario comunale. Per il ricevimento del giuramento di cui all'articolo 10 della legge 5 febbraio 1992, n.91, e per la celebrazione del matrimonio, le funzioni di ufficiale dello stato civile possono essere delegate anche a uno o più consiglieri o assessori comunali o a cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale" (il corsivo è aggiunto). E' da ritenere che la disposizione ult. cit sia applicabile alle unioni civili in virtù della "clausola generale" di cui all'art. 1, comma 20° della legge n. 76 del 2016 in tanto in quanto conforme alla sua finalità ("Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso [...]").



guenza “gestita” nel presupposto che, fra tanti possibili soggetti, si trovi chi sia disponibile all’espletamento del dovere civico riconducibile al Comune.

Pertanto, secondo il Parere, la soluzione del problema circa l’opponibilità dell’obiezione di coscienza si risolve in un assetto altamente accomodante e compromissorio: l’obbligo istituzionale dell’ufficiale di stato civile per conto del Comune non può essere disatteso e l’obiezione di coscienza, in tanto in quanto non prevista dalla legislazione, non è ammessa sul piano formale; essa, tuttavia, a condizione che rimanga confinata sul piano di fatto, trova un riconoscimento surrettizio attraverso la fungibilità delle figure potenzialmente identificabili quali validamente preposte all’esercizio della funzione. Il Parere precisa che “il problema della “coscienza individuale” del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso - il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile” (Punto 4).

L’ispirazione del CdS sembra discendere da una premessa che tende a conferire alla questione dell’obiezione di coscienza da parte del sindaco un profilo marcatamente basso: l’eventuale indisponibilità del sindaco, per motivi di coscienza, a celebrare l’unione civile fra persone dello stesso sesso può consentire, attraverso l’esercizio della delega, che il sindaco possa astenersi dalla celebrazione e, nello stesso tempo, che l’unione civile fra persone dello stesso sesso possa egualmente perfezionarsi. Non si tratta, di certo, di una soluzione accomodante studiata *ad hoc* quanto di una soluzione accomodante che si avvale delle norme di efficienza già esistenti nell’ordinamento<sup>11</sup>.

Nell’ipotesi di un rifiuto da parte del sindaco a procedere alla delega<sup>12</sup>, ovvero di un rifiuto da parte del delegato di esercitare le funzioni dell’ufficiale di stato civile con riguardo ad una unione civile fra persone dello stesso sesso<sup>13</sup>, ossia nell’ipotesi in cui dovesse venir meno il requisito della fungibilità della pluralità di figure competenti, certamente l’inadempimento dell’obbligo istituzionale non potrebbe non essere sanzionato<sup>14</sup>: l’obiezione di coscienza, in tale evenienza, ne risulterebbe valorizzata nella sua autentica portata ideale estesa sino all’accettazione della sanzione, nonostante il grave nocumento a danno dei soggetti intenzionati a costituire un’unione civile<sup>15</sup>.

11 È da ritenere che lo stesso ragionamento sia applicabile anche agli “altri casi di esercizio delle funzioni” previsti dall’art. 8 del dPR n. 396 del 2000 cit.: “1. Adempiono le funzioni di ufficiale dello stato civile, nei casi previsti dalla legge, le autorità diplomatiche o consolari, i comandanti di navi, i commissari di bordo, i comandanti di aeromobili, i direttori sanitari e coloro che ne fanno le veci secondo le disposizioni vigenti, nonché le autorità militari responsabili del comando nelle zone di operazioni eseguite come forze di pace o di guerra”.

12 Si noti che l’art. 1, comma 3° del dPR n. 396 del 2000 prevede che “le funzioni di ufficiale dello stato civile *possono* essere delegate” e non che *devono* essere delegate (il corsivo è aggiunto).

13 Stabilisce l’art. 2, comma 3° del dPR n. 396 del 2000 che “il delegato può rinunciare per gravi e comprovati motivi con atto ricevuto dal sindaco”.

14 In alternativa, si prospettano anche le dimissioni del sindaco obiettore. In proposito si è osservato che il sindaco potrebbe orientarsi in tal senso qualora ritenga che “le funzioni attribuite al Comune dalla legge n. 76 siano così incompatibili con la sua coscienza, da doversi dimettere: già sulla base del ragionamento che, come Sindaco, egli in un modo o nell’altro contribuirà sempre a quelle funzioni – approvando il bilancio comunale, approvando disposizioni organizzative, percependo i rimborsi dallo Stato per le funzioni esercitate ecc.”, in Centro Studi Livatino, *Legge sulle unioni civili, sindaci e ipotesi di obiezione di coscienza*, 13 luglio 2016, in <http://www.centrostudilivatino.it/legge-sulle-unioni-civili-sindaci-e-ipotesi-di-obiezione-di-coscienza-2/>, Punto 4.

15 Si conferma, peraltro, più realisticamente, la prospettiva concreta del sindaco obiettore il quale, benché non esista un obbligo di motivazione della delega e non essendo la delega “oggetto di valutazione altrui (Ministero, giudici)”, abbia invece interesse a dare ampio risalto mediatico alla propria testimonianza assiologica di avversione alle unioni civili fra persone dello stesso sesso posta a motivazione della scelta di procedere alla delega: “l’importante, ai fini del rispetto della legge, è che venga svolta la funzione”. Le citazioni sono dall’*op. ult. cit., ibidem*.

### 3. La soluzione: (b) la differenziazione costituzionale e legislativa fra l'unione civile fra persone dello stesso sesso e il matrimonio ex art. 29 Cost. quale motivo di giustificazione dell'inopponibilità dell'obiezione di coscienza del sindaco

Il Parere si preoccupa altresì di qualificare l'interesse posto alla base dell'unione civile fra persone dello stesso sesso, al fine di preordinare il quadro di bilanciamento fra beni costituzionalmente protetti e giustificare il mancato riconoscimento legislativo dell'obiezione di coscienza del sindaco e, in senso più largo, dell'ufficiale di stato civile. Si tratta, anzi, della prima delle due "questioni di carattere generale", la seconda essendo l'individuazione dell'ipotesi del regime normativo dell'obiezione di coscienza, sin qui analizzata. Le due questioni generali – distinto fondamento costituzionale dell'unione civile e negazione di una previsione circa l'opponibilità dell'obiezione di coscienza – evidentemente si saldano all'interno del medesimo ragionamento del CdS, in tanto in quanto il tema dell'obiezione di coscienza non potrebbe non collocarsi nel contesto costituzionale nel cui ambito si muove anche la legittimazione dell'unione civile fra persone dello stesso sesso quale "nuovo istituto giuridico".

Il Parere si limita a fare riferimento alla volontà normativa del legislatore il quale, nell'art. 1, comma 1° espressamente statuisce che l'unione civile tra persone dello stesso sesso costituisce una "specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione". Il medesimo comma precisa altresì che la legge "reca la disciplina delle convivenze di fatto". Dalla citazione testuale delle due disposizioni costituzionali il Parere della Sezione consultiva del Consiglio di Stato ricava la coerente disciplina dell'istituto dell'unione civile "come distinto, anche nei presupposti costituzionali, dal matrimonio, pur applicandosi alla coppia omosessuale molti dei diritti e dei doveri che riguardano i coniugi".

L'acritica recezione della statuizione legislativa circa il fondamento costituzionale dell'istituto – concorre a prospettare, anche in tal caso, una soluzione accomodante e compromissoria al problema posto dalla prospettiva di opposizione dell'obiezione di coscienza da parte del sindaco. Ai fini della soluzione che si intende adottare, infatti, il Parere non prospetta alcuna remora nell'individuazione degli articoli 2 e 3 Cost. quale fondamento sistematico esclusivo dell'istituto *de quo*, ignorando le ragioni contingenti che hanno indotto il legislatore ad esplicitare quel richiamo in vista della necessità di aggregare una maggioranza parlamentare coerente con la maggioranza di governo, come confermato dal ricorso alla questione di fiducia.

Il Parere non lo dice, ma il riferimento alla differenziazione "ontologica" fra unione civile fra persone dello stesso sesso e famiglia fondata sul matrimonio fra persone di sesso diverso ex art. 29 Cost. nella quale quest'ultima mantiene una posizione privilegiata ed esclusiva potrebbe essere letta nel senso di prospettare anche una diversa risposta al problema dell'ammissibilità dell'obiezione di coscienza. L'unione civile non sarebbe – in base a tale lettura – un istituto per il quale valga la pena di prevedere, disciplinare e tutelare l'obiezione di coscienza del sindaco, quest'ultima ben potendosi, invece, preordinare in una ipotetica futura prospettiva di introduzione nell'ordinamento del matrimonio egualitario.

La differenza del rispettivo fondamento costituzionale fra unione civile e matrimonio quale ricostruita dal legislatore e pedissequamente richiamata dal Consiglio di Stato, tuttavia, non ci sembra condivisibile e sembra muovere dal presupposto per il quale alla base della famiglia fondata sul matrimonio vi possa essere solo l'art. 29 Cost. e non anche l'art. 2 Cost. che formalizza, accanto alla sfera individuale, anche la dimensione delle "formazioni sociali ove si svolge la [...] personalità" dell'uomo i cui diritti inviolabili la Repubblica riconosce e garantisce.

Tanto la famiglia (eterosessuale) fondata sul matrimonio, infatti, quanto l'unione civile fra persone dello stesso sesso – quanto, altresì, l'ulteriore *species* delle convivenze di fatto (disciplinate dai commi 36-67 della medesima fonte legislativa)<sup>16</sup> – rappresentano, a nostro giudizio – una distinta *species* del *genus* "formazioni sociali ove si svolge la [...] personalità" dell'uomo.

Il problema – se mai – è quello di individuare una formazione sociale intermedia che aggregi tutte quelle *species* di formazioni sociali nelle quali si articola nei nostri tempi il fenomeno familiare o di tipo familiare che si manifesta in forme disciplinate dal diritto (e probabilmente pure in forme anche solo giuridicamente rilevanti).

L'assetto normativo che si è venuto sviluppando nell'ordinamento italiano – tenuto anche conto del fatto che l'art. 29, primo comma Cost. si riferisce solo alla dimensione familiare e non anche, o almeno non direttamente, all'esercizio dei diritti individuali ad essa finalizzati – sembra meglio corrisponde-

16 Se ne riproduce la definizione legislativa: "si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile".

re alla lettera ed alla *ratio* dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale opportunamente distingue fra il diritto di sposarsi (ad integrazione degli articoli 2 e 29 Cost. e della previsione della "famiglia come società naturale fondata sul matrimonio") e il diritto di costituire una famiglia (a specificazione dell'art. 2 Cost., quale società naturale fondata sulla volontà di costituire una unione civile fra persone dello stesso sesso)<sup>17</sup>.

Inoltre, la formula della Carta risulta più adeguata anche ai fini del richiamo dell'art. 3 Cost. disposto dal legislatore italiano della legge n. 76 del 2016, che si riferisce solo al diritto di costituire una famiglia e non anche al diritto di sposarsi.<sup>18</sup>

In base a questa diversa lettura, la famiglia eterosessuale fondata sul matrimonio e l'unione civile fra persone dello stesso sesso rappresentano due *species* equiordinate e distinte del medesimo *genus* 'famiglia' (di cui agli artt. 2 e 29 Cost.) - nel contesto, ben più ampio ed articolato, del *genus* 'formazione sociale' (ex art. 2 Cost.) - sufficientemente omogeneo e chiaramente identificabile ai fini una sua categorizzazione unitaria, ulteriormente disponibile ad includere nel proprio ambito anche la famiglia omosessuale fondata sul matrimonio.

Rispetto a quest'ultima soluzione legislativa, come noto, né la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo né la stessa Corte costituzionale italiana hanno rilevato l'esistenza dei caratteri dell'obbligatorietà convenzionale<sup>19</sup> o, rispettivamente, costituzionale<sup>20</sup> quanto al *quomodo*, come invece è da rilevare quanto all'*an* di un riconoscimento normativo e di una tutela effettiva, sia pure nell'ambito di una forma differenziata che potrebbe rappresentare una disciplina solo transitoria del fenomeno sociale sotteso<sup>21</sup>.

- 17 In argomento cfr. E. Crivelli, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2011,
- 18 La Spiegazione relativa all'articolo 9 della Carta ricorda che la disposizione "si basa sull'articolo 12 della CEDU, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto»". La Spiegazione precisa altresì che "la formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia", individuando pertanto nella famiglia *tout court* la formazione sociale che aggrega la pluralità di modelli familiari giuridicamente formalizzati e disciplinati dall'ordinamento dell'Unione Europea. Sotto il profilo dell'egualianza dei diritti individuali, l'ordinamento dell'Unione Europea privilegia il riconoscimento di un "margine nazionale di apprezzamento" e la stessa Spiegazione precisa che "l'articolo non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda". Cfr. *amplius*, A. Schuster, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 2011, pp. 255 ss.; nonché, anche in tema di art. 8 CEDU, *Idem*, *L'abbandono del dualismo eteronormativo della famiglia*, in A. Schuster (a cura di), *Omogeneritorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, Milano, Mimesis, 2011, pp. 35 ss.
- 19 Rinviamo al noto caso *Oliari and Others v. Italy* del 2015 ("In implementing their positive obligation under Article 8 the States enjoy a certain margin of appreciation (162) [...] the Court finds that the Italian Government have overstepped their margin of appreciation and failed to fulfil their positive obligation to ensure that the applicants have available a specific legal framework providing for the recognition and protection of their same-sex unions" (185)).
- 20 Come precisato nella sentenza n. 138 del 2010 (e poi confermato nella successiva decisione n. 170 del 2014): "per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata *soltanto* attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio [...] Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni [...] Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza" (Punto 8 del Considerato in diritto).
- 21 A nostro giudizio, peraltro, la Corte costituzionale non ha ritenuto l'esercizio della discrezionalità legislativa eventualmente introduttiva della famiglia egualitaria fondata sul matrimonio come incompatibile con l'art. 29 Cost.: nella sentenza n. 138 del 2010, infatti, la Corte ha precisato che "è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata". Sicché [...] "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica,

Questa diversa ricostruzione sistematica della categoria ‘famiglia’ e delle sue articolazioni attuali e virtuali postula una soluzione negativa uniforme al problema posto dall’opponibilità dell’obiezione di coscienza da parte del sindaco. La lettura ricavabile dal testo legislativo e fatta propria dal CdS nel proprio Parere potrebbe invece lasciare aperta una soluzione diversa e favorevole ad un diverso bilanciamento fra una determinata concezione della famiglia fondata sul matrimonio e la previsione dell’obiezione di coscienza da parte del sindaco.

## 4. Conclusioni

Il Parere della Sezione consultiva del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo volto a dare tempestiva applicazione alla legge n. 76 del 2016 si esprime anche sull’ipotesi di una reazione contraria all’applicazione dell’istituto delle unioni civili fra persone dello stesso sesso da parte di sindaci, in particolare attraverso l’opposizione di un’obiezione di coscienza basata su motivazioni culturali (ideologiche, morali, religiose, confessionali) incompatibili con qualsivoglia forma di riconoscimento e legittimazione delle unioni omosessuali da parte dell’ordinamento giuridico, a riflesso del riconoscimento e legittimazione già ampiamente e progressivamente acquisiti sul piano sociale.

Sotto questo profilo, se per un verso occorre ammettere che il Parere finisce con assumere i tratti di un parere preventivo irrituale, elaborato sul punto *motu proprio*, rispetto a contenuti che il decreto non avrebbe potuto disciplinare in quanto la legge *de qua* nulla prevede in tema, per altro verso occorre altresì riconoscere che al CdS veniva richiesto di esprimersi su una disciplina transitoria<sup>22</sup>, senza pregiudizio per eventuali successive innovazioni anche solo parziali o indirette nel testo definitivo prodotte dalla prosecuzione del conflitto ideologico e dalla mancata metabolizzazione sociale dell’innovazione legislativa<sup>23</sup>.

Entrambe queste circostanze possono essere poste alla base del ragionamento svolto dal CdS su due ‘questioni di carattere generale’ in ordine alle quali elabora le proprie argomentazioni volte a dare una soluzione ai problemi potenzialmente ostativi ad una tempestiva applicazione della legge.

Secondo il Parere, non vi sarebbe spazio per l’opposizione di motivi di coscienza da parte del sindaco obiettore.

Seguendo l’ordine delle argomentazioni proposto dal Parere, secondo il CdS l’obiezione di coscienza in tanto può essere eccepita dal destinatario di un obbligo in quanto l’ordinamento lo preveda e ne disciplini le modalità di esercizio, ciò che la legge n. 76 del 2016 non fa, avendo anzi respinto la proposta di inserimento di una specifica disposizione. Inoltre, la differenziazione ‘ontologica’ fra unione civile fra persone dello stesso sesso e famiglia fondata sul matrimonio – la prima null’altro essendo, come esplicitato dal legislatore, che una “specifica formazione sociale” *ex art. 2 Cost.* rispetto allo *status* privilegiato ed esclusivo della seconda quale prevista dall’art. 29 Cost. – non giustifica il ricorso ad uno strumento di alto profilo ideale che non sarebbe adeguato quale strumento di rifiuto della celebrazione dell’unione civile fra persone dello stesso sesso.

---

perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa” [...] In questo quadro, con riferimento all’art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. In proposito cfr. R. Romboli, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini e A. Lorenzetti (a cura di), *op. cit.*, 3ss.

- 22 Si veda dal testo del Parere: “In attesa che, entro la fine del 2016, la decretazione attuativa, “a regime”, della legge n. 76/2016 sia adottata dal Governo, è stata prevista l’emanazione, su iniziativa del Ministro dell’interno, di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri – sul quale è richiesto il prescritto parere di questo Consiglio – con cui, nella fase attuale di prima applicazione della legge, sono dettate alcune disposizioni attuative con il circoscritto fine di consentire l’immediata operatività dei registri delle unioni civili, onde così corrispondere alle richieste presentate ai Comuni dalle coppie omosessuali per l’applicazione ad esse del nuovo istituto” (Punto 4).
- 23 Il Parere infatti precisa, dopo aver richiamato la provvisorietà della disciplina ad esso sottoposta, che “in ogni caso le soluzioni normative contenute nel decreto, stante la descritta temporaneità della disciplina “ponte”, non debbono né possono essere considerate irreversibili, essendo le stesse suscettibili di ripensamento e di miglioramento in occasione dell’attuazione della delega e ciò anche grazie all’esperienza applicativa che seguirà all’entrata in vigore del decreto di cui allo schema in oggetto” (Punto 10).



Un ulteriore motivo che rende ultronea l'eccezione dell'obiezione di coscienza risiede nella delegabilità da parte del sindaco ad un'ampia schiera di destinatari virtuali delle funzioni dell'ufficiale di stato civile previste ai fini della costituzione di un'unione civile fra persone dello stesso sesso. La fungibilità dei compiti all'interno di una nutrita serie di delegati rende meno visibile ed efficace la portata comunicativa dell'orientamento assiologico del delegante che, rispetto all'obbligo imposto dalla legge, conferisce priorità al precetto morale radicato nella propria coscienza.

In entrambi i casi, il Parere del CdS appare ispirato a quella celebre prudente raccomandazione manzoniana del "lenire, sopire, sopire, lenire" che privilegia la dissimulazione degli aspetti problematici attraverso l'evidenziazione della disponibilità di soluzioni accomodanti e compromissorie, che consentono di gestire una situazione di conflitto piuttosto che di darle una risposta decisa e nitida.

Il Parere, nel qualificare gli adempimenti a carico dell'ufficiale di stato civile nei termini di "dovere civico" e nell'asserire "il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile" (punto 4), non sembra infatti altrettanto esplicito nell'affermare la sanzionabilità del comportamento del sindaco obiettore totale, che si rifiuti di esercitare la potestà di delega pur di non assumere alcuna responsabilità, anche solo indiretta, nel perfezionamento di un atto che ritiene non meritevole di riconoscimento e legittimazione da parte dell'ordinamento.

Né il Parere, avendo scelto di fare proprio il fondamento di costituzionalità adottato dalla legge, per motivi squisitamente politici e strettamente connessi alla congiuntura parlamentare, consente di prospettare l'inopponibilità dell'obiezione di coscienza sulla base di una base costituzionale più ampia, connessa anche alle fonti convenzionali e dell'Unione Europea, come sembra doveroso fare alla luce dell'odierno assetto delle fonti in tema di garanzia dei diritti fondamentali e delle sollecitazioni che tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di Strasburgo hanno rivolto al legislatore italiano quanto all'an di una legislazione in materia.

**Andreas Yiannaros\***

## Protecting the ‘rights of others’ in the UK: Religious expression, reasonable accommodation and the real meaning of non-discrimination

### Summary

1. Introduction. Objections to compulsions under the law - 2. The impact of *Eweida v UK* on cases concerning religious manifestations in the workplace - 3. Attempts for legislative reform to accommodate religious manifestations in the workplace - 4. The impact of equality legislation on Catholic adoption agencies - 5. ‘Reasonable accommodation’ as a means of legitimising discrimination - 6. Conclusion

### Abstract

Nel corso degli anni, gli stati hanno introdotto strumenti legislativi con lo scopo di proteggere gli individui dalle discriminazioni basate, tra l’altro, sull’orientamento sessuale e l’identità di genere. Gli sviluppi più recenti hanno condotto alla progressiva espansione del concetto di famiglia, al fine di includervi le coppie omosessuali ed i genitori singoli per garantire l’adeguamento del diritto ad esse, assicurando i diritti genitoriali anche nell’ambito delle famiglie “non tradizionali”. Per ciò che riguarda l’accesso alla genitorialità, obiezioni fondate sulla coscienza individuale possono sorgere, in ad esempio in relazione alla possibilità di consentire l’adozione a coppie omosessuali o a genitori singoli, laddove obiettori di coscienza per motivi religiosi potrebbero lamentare un conflitto tra i loro obblighi professionali e le prescrizioni della loro religione. L’obiezione di coscienza è stata tradizionalmente rivendicata ed esercitata proprio da coloro le cui convinzioni religiose si pongono in conflitto con leggi che esigono da loro l’esercizio di talune funzioni, come la pronuncia di adozioni a favore di coppie omosessuali o la celebrazione di unioni civili. Il progressivo riconoscimento giuridico di unioni familiari alternative e di diritti genitoriali in famiglie non tradizionali, da un lato, e la manifestazione di convinzioni religiose al di fuori del foro interno dall’altro, possono essere descritte come un mix esplosivo di diritti e libertà confliggenti tra loro. Oltre alle corti nazionali, negli stati membri del Consiglio d’Europa, la Corte europea dei diritti dell’uomo si è incaricata di esplorare obiettivi e limiti del diritto all’obiezione di coscienza, come aspetto particolare della libertà di espressione, coscienza e religione. Nel contesto europeo, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ha dimostrato che, benché effettivamente esistente, il diritto all’obiezione di coscienza non è qualificato in termini assoluti, ma soggetto a limitazioni, come previsto dall’art. 9.2 della Convenzione, anche in vista della tutela di diritti e libertà altrui.

*Over the years, states have been developing and implementing legislation with the aim of protecting individuals against discrimination, inter alia, on the grounds of sexual orientation and gender identity. Recent developments have led to an expansion of the concept of ‘family’ to include same-sex couples and single parents and the progressive adjustment of the law with a view to extend parenthood rights to less “traditional” family forms. In terms of access to parenthood, objections of conscience may arise in relation to facilitating adoption by same-sex couples or single parent adoption, whereby religious objectors may feel that their professional duties are in direct conflict with the tenets of their religion. Conscientious objections have traditionally been expressed by persons whose beliefs are at odds with laws compelling them to carry out certain functions, such as facilitating adoptions in same-sex*

\* Senior Lecturer in Law and Course Leader for Undergraduate Law Programmes, University of Bedfordshire.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

families or registering and officiating at civil unions. The progressive legal recognition of alternative family unions and parenthood rights to non-traditional family forms on the one hand, and the manifestation of religious beliefs outside an individual's *forum internum*<sup>1</sup> on the other, can be described as an 'explosive mix' of conflicting rights and freedoms. In addition to national courts in the Council of Europe's member states, the European Court of Human Rights has been exploring the scope and limits of the right of conscientious objection as a particular aspect of the right to freedom of thought, conscience and religion. In the European context, the European Court of Human Rights has demonstrated through its jurisprudence that although a 'human right' to conscientious objection exists, this is not absolute, but subject to permissible limitations as found in Article 9(2) ECHR<sup>2</sup> including the protection of the rights and freedoms of others.

## 1. Introduction. Objections to compulsions under the law

Objections to compulsions under the law can be legally recognised and protected, to some extent, through legislation. Refusals to certain compulsions under the law may have either a religious or ideological background and include objections to the obligation to swear a religious oath<sup>3</sup>, military service<sup>4</sup>, abortion<sup>5</sup> or the teaching of religion in schools<sup>6</sup>. Other objections relating to the provision of healthcare<sup>7</sup> include objections to medically-assisted reproduction<sup>8</sup>, euthanasia in countries where such a procedure is permitted by law<sup>9</sup>, refusal to withdraw or withhold life-sustaining treatment<sup>10</sup>, compulsory vaccina-

- 1 The term '*forum internum*' is used to place objections of conscience within an internal and private sphere of the individual against which no State interference is justified. The term '*forum externum*' is used to denote the external manifestation of a religion or a belief that is subject to certain permissible limitations. See P. M. Taylor, *Freedom of Religion: UN and European Human Rights Law and Practice* (Cambridge University Press, 2005).
- 2 In *Bayatyan v Armenia* (2011), the Court confirmed that a genuine conscientious objection to military service can sufficiently attract the protections of Article 9, whereas in *Eweida v UK* (2013) the failure to allow exemptions from officiating or registering civil partnerships and another for providing counselling to same-sex couples were held by the European Court to pursue a legitimate aim to protect the rights and freedoms of others.
- 3 *Buscarini and others v San Marino*, App no 24645/94, Reports 1999-I.
- 4 *Bayatyan v Armenia*, App no. 23459/03, judgment of 7 July 2011.
- 5 Shaw D., *Abortion and Human Rights*, in *Clinical Obstetrics and Gynaecology*, 2010, vol. 24, 5, p. 633.
- 6 Braithwaite discusses denominational religion in the public educational system in the United Kingdom – Anglican, Non-Conformist and Catholic – and proposes a conscience clause for parents to decide whether to allow their children to receive religious instruction at school. See Braithwaite C., *Conscientious objection to various compulsions under British law*, William Sessions, York, 1995.
- 7 Wicclair M. R., *Conscientious Objection in Health Care: An ethical analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 31.
- 8 See Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended in 2008), section 38:  
 "Conscientious objection:  
 (1) No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so.  
 (2) In any legal proceedings the burden of proof of conscientious objection shall rest on the person claiming to rely on it.  
 (3) In any proceedings before a court in Scotland, a statement on oath by any person to the effect that he has a conscientious objection to participating in a particular activity governed by this Act shall be sufficient evidence of that fact for the purpose of discharging the burden of proof imposed by subsection (2) above."
- 9 Wicclair M.R., *Conscientious Objection in Medicine*, in *Bioethics*, 2000, vol 14, 3, p. 205.
- 10 BMA, Expressions of doctors' beliefs, available at <<http://bma.org.uk/practical-support-at-work/ethics/expressions-of-doctors-beliefs>> (accessed 11-7-15)

tion<sup>11</sup>, the provision of medically prescribed contraceptive products and/or emergency contraception<sup>12</sup>, the provision of fertility treatment<sup>13</sup>, or even participation in Caesarean Delivery on Maternal Request<sup>14</sup>.

Conscientious objections in the context of medical healthcare and bioethics in the United Kingdom are protected, albeit not entirely, by law and may be defined as objections to a particular medical procedure due to moral, ethical or religious motives. In the United Kingdom, practitioners who have a conscientious objection to abortion can rely on section 4(2) of the Abortion Act 1967, an Act of the Parliament of the United Kingdom, which, however, excludes refusal on grounds of conscience of 'treatment which is necessary to save the life or to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of a pregnant woman'. This right is therefore limited only to the active participation in an abortion where there is no emergency regarding the physical or mental health of a pregnant woman<sup>15</sup>.

A refusal to engage in practices that are contrary to a person's conscientious beliefs may arise with respect to several other medical procedures, including sterilisation, fertility treatment, pre-natal examinations and the prescription or dispensing of contraceptives as mentioned above. It may be argued that such objections are not, at least in principle, conflicting with equality legislation, if objections to perform certain duties are dismissed by the objector as a whole and not selectively. A serious conflict with equality legislation would arise if the medical practitioner expressed their objections to perform their functions, only against a particular social group. For example, as noted by Kennedy and Grubb, a problematic scenario arises when medical practitioners refuse artificial insemination to lesbian women based on their sexual orientation<sup>16</sup>.

In the aforementioned example, the law would be interpreted in a way that gives precedence to equality legislation<sup>17</sup>. For instance, interpreting section 38 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (as amended by the Human Fertilisation and Embryology Act 2008) *in light* of the Equality Act, such an objection would not fall within the scope of 'participating in any activity governed by this Act (the Human Fertilisation and Embryology Act)'<sup>18</sup>, since the objection is, in principle, to refuse treatment to a specific class of persons; it is not a conscientious objection to a medical procedure *per se*. It is suggested therefore, that although a conscientious objection to a medical procedure may be recognised under legislation, it may not be permitted if it is discriminatory or contrary to the equality and diversity policies of organisations and employers.

It is therefore clear that each occurrence of a conscientious refusal to treat or serve others needs to be considered on its own facts, as competing interests between different parties may emerge. For example, in *Pichon and Sajous v France*, considered by the European Court of Human Rights in 2001, the owners of a pharmacy refused to sell contraceptives on a doctor's prescription to three women on religious grounds; the women later lodged a complaint against the owners of the pharmacy to the local police, where the owners were found guilty for refusing to sell the contraceptives and later ordered to pay damages to the complainants. After exhausting all their appeal rights, the pharmacy owners lodged a complaint to the European Court of Human Rights, arguing that their right to freedom of religion under Article 9 of the Convention had been ignored by the domestic courts. The Strasbourg Court, in dismissing their application, ruled that the applicants could not 'give precedence to their religious beliefs and impose them on others as justification for their refusal to sell such products, since they can manifest those beliefs in many ways outside the professional sphere'<sup>19</sup>.

It consequently emerges that an important consideration in relation to the expression of conscientious objections in medical healthcare is the balance and limits of religious and other manifestations

11 Braithwaite, *op. cit.*, p. 167.

12 *Pichon and Sajous v France*, App no 49853/99, judgment of 2 October 2001.

13 Equality and Human Rights Commission, 'Religion or belief, equality and human rights in England and Wales', Research Report No 84, p 83, available at [http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/research/rr84\\_final\\_opt.pdf](http://www.equalityhumanrights.com/sites/default/files/documents/research/rr84_final_opt.pdf) (accessed 2-7-15)

14 Gail A. Van Norman, *Clinical Ethics in Anesthesiology: A case-based textbook*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 52

15 *Doogan and another v Greater Glasgow and Clyde Health Board* (2012) CSOH 32, 29 February 2012, opinion of Lady Smith, paras 75-80, available at <<http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2012CSOH32.html>> (accessed 20-6-15)

16 Kennedy I. and Grubb A., *Medical law*, Butterworths Publishing, London, 2000, p. 1282.

17 *Equality Act* 2010, Ch 15.

18 *Human Fertilisation and Embryology Act*, 1990, section 38(1) 'No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so'.

19 *Pichon and Sajous v France* (2001), *cit.*

and how these affect the rights and freedom of others, including reproductive rights which constitute a crucial aspect of the right to private and family life<sup>20</sup>.

## 2. The impact of *Eweida v UK* on cases concerning religious manifestations in the workplace

The standard test for establishing a genuine conscientious objection requires that the objection must be linked to a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9 ECHR<sup>21</sup>. Nevertheless, even if a genuine conscientious objection is recognised as being of sufficient cogency and importance, the refusal to accommodate such an objection does not necessarily give rise to a violation of Article 9 ECHR. The right to manifest a conscientious objection is subject to permissible limitations posed by Article 9(2) ECHR when measures taken to restrict an individual's freedom of thought, conscience and religion are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

In *Ladele v London Borough of Islington* (2009)<sup>22</sup>, the UK Court of Appeal found against the appellant, a former registrar that challenged her dismissal from employment that resulted from her non-involvement in the registration of civil partnerships for same sex couples. The appellant had refused to perform her duties towards same-sex couples on the basis of her religious beliefs.

Ms Ladele claimed that, in failing to treat her differently from staff that did not have a conscientious objection to registering civil partnerships, the local authority had discriminated against her on the basis of her religion<sup>23</sup>. She further argued that the local authority had discretion not to designate her as a registrar of civil partnerships but failed to exercise this discretion by accommodating her request to be exempted from her duties in relation to civil partnerships. The Court of Appeal concluded that there had been no unlawful religious discrimination by the local council against the appellant, despite the fact that the nature of her duties had been altered substantially since she was appointed as a registrar.

Ms Ladele's case was subsequently heard by the European Court of Human Rights in *Eweida v UK* in 2010, which considered four different claims from individuals who were dismissed from their employment because of their failure to comply with their employers' equality and diversity policies<sup>24</sup>, insofar as those policies were at odds with their religious beliefs. In finding no violation of Ms Ladele's Convention rights, the Strasbourg court held that 'regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State'<sup>25</sup>. The court reiterated the principle previously expressed in *Shalk and Kopf v Austria*, that 'same-sex couples are in a relevantly similar situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship, although since practice in this regard is still evolving across Europe, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to the way in which this is achieved within the domestic legal order'<sup>26</sup>. This wide margin of appreciation meant that the United Kingdom could exercise its discretion to use all means it deemed appropriate to enforce its domestic equality laws requiring civil registrars to perform their duties both in relation to the registration of marriages and civil partnerships.

The principle on non-discrimination and its strong enforcement in domestic legislation played a crucial part in the outcome of this case. Employers often incorporate non-discrimination principles in

20 *Tysiac v Poland* (2007), app. no 5410/03, 45 EHRR 42.

21 *Bayatyan v Armenia* (2011), cit. para. 110.

22 *Ladele v London Borough of Islington* (2009) EWCA Civ. 1357.

23 On appeal, *Ladele v London Borough of Islington* (2008) UKEAT 045308/1912, judgment of 19 December 2008, para 51.

24 For example, in Ms Ladele's case, the London Borough of Islington was enforcing the "Dignity for All" Equality and Diversity policy, available at [http://www.islington.gov.uk/publicrecords/library/Community-and-living/Information/Fact-sheets/2011-2012/\(2012-03-03\)-Dignity-For-All.pdf](http://www.islington.gov.uk/publicrecords/library/Community-and-living/Information/Fact-sheets/2011-2012/(2012-03-03)-Dignity-For-All.pdf) (accessed 11-7-15). In the case of another applicant, Mr McFarlane, his employer 'Relate' also had an Equal Opportunities Policy containing a positive duty to achieve equality; available at [http://www.relate.org.uk/files/relate/equal\\_opps\\_monitoring\\_and\\_health\\_declaration.doc](http://www.relate.org.uk/files/relate/equal_opps_monitoring_and_health_declaration.doc) (accessed 11-7-15).

25 *Eweida v UK* (2013) ECHR 37, par. 84

26 *Ibid.*, par. 105



the form of equality and diversity policies to ensure compliance with the law. As the European Court noted referring to Ms Ladele, 'the borough of Islington was not merely entitled, but obliged to require her to perform civil partnerships'<sup>27</sup>. The European Court placed emphasis on the obligatory, rather than the discretionary nature of performing duties prescribed by the employer. The case of *Eweida v UK* echoes the need for a careful balance between religious expressions and manifestations in the work place, and the need to enforce equality legislation by refusing to accommodate exemptions from professional duties when this would result in discrimination against others on any of the grounds protected under the Equality Act 2010, namely age, disability, gender reassignment, marriage and civil partnership, pregnancy and maternity, race, religion or belief, sex and sexual orientation<sup>28</sup>. The Equality Act 2010 incorporated the Employment Equality Framework Directive 2000/78/EC which establishes, *inter alia*, a general framework for equal treatment in employment and an obligation to provide reasonable accommodation for people with disabilities.

Although *Eweida* confirms that conscientious objections of sufficient cogency and seriousness are capable of attracting the protection of the European Convention on Human Rights under Article 9, the jurisprudence of the European Court of Human Rights indicates that States are under no positive obligation to accommodate conscientious objections when these are conflicting with the overarching aims of equality legislation and employment policies. Furthermore, in light of Directive 2000/78/EC the meaning of 'reasonable accommodation' should be taken so as to facilitate the access of disabled persons to employment and to eliminate disadvantages against them.

The debate on accommodating religious beliefs has not led to any law or policy changes since *Eweida v UK*, whereas the decision has been reiterated in subsequent cases. Its implications are echoed in Lady Hale's *obiter dicta* in *Bull et al v Hall et al* where she stated:

'I am more than ready to accept that the scope for reasonable accommodation is part of the proportionality assessment, at least in some cases. This is reinforced by the decision in *Eweida v United Kingdom* (2013) 57 EHRR 8, where the Strasbourg court abandoned its previous stance that there was no interference with an employee's right to manifest her religion if it could be avoided by changing jobs. Rather, that possibility was to be taken into account in the overall proportionality assessment, which must therefore consider the extent to which it is reasonable to expect the employer to accommodate the employee's right'<sup>29</sup>.

It therefore remains as the employer's duty to accommodate their employees' conscientious objection; nevertheless, *Eweida* is already being used in adjudication in light of the ECHR's current approach in determining whether the employer's restrictions constituted proportionate means of pursuing a legitimate aim and whether the right balance had been struck. Describing it as a "distraction" in finding a violation of Article 9 in *Greater Glasgow Health Board v Doogan et al*, a UK Supreme Court decision concerning the refusal of two Christian nurses to be involved in abortion procedures, Lady Hale stated that

'Refusing for religious reasons to perform some of the duties of a job is likely (following the decision of the European Court of Human Rights in *Eweida v United Kingdom* ((2013) 57 EHRR 8) to be held to be a manifestation of a religious belief. There would remain difficult questions of whether the restrictions placed by the employers upon the exercise of that right were a proportionate means of pursuing a legitimate aim'<sup>30</sup>.

Even though Lady Hale recognised that the reasonable accommodation of employee's religious beliefs depended on practicalities that could be resolved at tribunal level<sup>31</sup>, the decision of the Supreme Court in *Doogan* reiterates the significance of *Eweida* and its impact in the workplace. *Eweida* has further been applied more recently and at first instance in *Lee v Ashers Baking Co Ltd*<sup>32</sup>, otherwise known as the "gay cake" case where a Belfast court found Ashers to have breached equality and non-discrimination laws

27 *Ibid.*, par. 29

28 *Equality Act 2010*, s. 4.

29 *Bull and another v Hall and another* (2013), UKSC 73, par. 47.

30 *Greater Glasgow Health Board v Doogan and another* (Scotland), (2014), UKSC 68.

31 *Ibid.*, par. 24 (Lady Hale): 'their employers should have made reasonable adjustments to the requirements of the job in order to cater for their religious beliefs. This will, to some extent at least, depend upon issues of practicability which are much better suited to resolution in the employment tribunal proceedings'.

32 *Lee v Ashers Baking Co Ltd*, (2015), NICTy, 2 (19 May 2015).

by refusing service to a client because of their sexual orientation. The case went on appeal but it failed<sup>33</sup>. The court repeated that the bakers were not allowed to provide a service only to people who complied with their religious beliefs. This cements the courts' position that businesses in Northern Ireland are not exempted from equality legislation.

### 3. Attempts for legislative reform to accommodate religious manifestations in the workplace

As indicated by the following examples, the legislature in the United Kingdom has so far declined to demonstrate a willingness to accommodate the full spectrum of religious manifestations in the workplace, and, in particular, refusals to solemnise or register civil partnerships, same-sex marriages or facilitate same-sex parent adoptions.

In 2003, Baroness Blatch, during a debate on the Local Government Bill 2003, proposed a right to 'opt-out' for Christian social workers who refused to participate in adoptions by same-sex couples<sup>34</sup>. Lady O' Cathain went further to suggest an exception to participate in any placement under section 18 of the Adoption and Children Act 2002 (concerning placement for adoption by agencies) where a person had a conscientious objection based on their religion or belief<sup>35</sup>. Lady O' Cathain, in a House of Lords debate on Equality Bill in 2005 suggested a prohibition that would allow exemptions from officiating in cases of civil partnership or participating in civil partnership ceremonies under the Civil Partnership Act 2004, and from arranging or participating in the registration of marriage involving a person that have legally changed their gender under the Gender Recognition Act 2004<sup>36</sup>. The government refused to implement the proposed amendment and it was subsequently withdrawn.

Two further amendments to the Equality Bill (now the Equality Act 2010) were proposed to the House of Lords in 2010. The amendments, proposed by Baroness Butler-Sloss, constitute some of the first attempts to incorporate 'reasonable accommodation' clauses in relation to those refusing to provide services to LGBT individuals. In a controversial motion, Baroness Butler-Sloss proposed the insertion into the Equality Bill of a right not to be 'complicit with an action or circumstance' which would be contrary to the beliefs of employees<sup>37</sup>. These amendments were also withdrawn.

Supported by Baroness Cumberlege, Lord Mackay and Baroness Williams, Baroness Butler-Sloss has proposed similar amendments to the Marriage (Same Sex Couples) Bill that was later passed into law in 2013. The suggested amendment was the following:

Page 2, line 7, at end insert—

(6) Any duty of a person employed as a registrar of marriages on the date this Act comes into force ("relevant registrar") to solemnise marriages is not extended by this Act to marriages of same sex couples if the relevant registrar has a conscientious objection to doing so.

(7) Nothing in subsection (6) shall affect the duty of a relevant registrar to carry out any other duties and responsibilities of his employment.

33 [www.courtsni.gov.uk](http://www.courtsni.gov.uk)

34 Official Report of the Grand Committee on the Local Government Bill, HL Deb 23 June 2003 vol 650 cc1-58GC, Para 39GC, available at [http://hansard.millbanksystems.com/grand\\_committee\\_report/2003/jun/23/official-report-of-the-grand-committee](http://hansard.millbanksystems.com/grand_committee_report/2003/jun/23/official-report-of-the-grand-committee) (accessed 11-7-2015).

35 Local Government Bill, moved Amendment No. 13, 10 September 2003 available at <http://www.publicwhip.org.uk/division.php?date=2003-09-10&number=5&house=lords&display=allvotes> (accessed 11-7-2015).

36 House of Lords, Equality Bill (HL), Amendments to be moved in Committee, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldbills/002/amend/su002-ia.htm> (accessed 11-7-2015).

37 House of Lords, Equality Bill, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldbills/035/amend/ml035-ir.htm> (accessed 11-7-2015). Proposed text of clause 29: 'A service-provider must make reasonable adjustments to ensure that, so far as is possible, no employee is required to be complicit with an action or circumstance to which the employee has a genuine conscientious objection on the basis of the employee's beliefs regarding sexual orientation.'

(8) The conscientious objection, under subsection (6), must be based on a sincerely held religious or other belief concerning only the marriage of same sex couples and in any legal proceedings the burden of proof of conscientious objection shall rest on the person claiming to rely on it<sup>38</sup>.

These proposals had the same fate as all other attempts to incorporate conscientious objection clauses into domestic legislation. None of these proposed amendments have been introduced into the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013 that entered into force on 13 March 2014<sup>39</sup>.

#### 4. The impact of equality legislation on Catholic adoption agencies

In light of the legislature's reluctance to incorporate conscientious objection clauses into legislation, a case that demonstrates the significance of equality legislation and the impact it had on Catholic adoption agencies with a charitable status is *Catholic Care v The Charity Commission for England and Wales* (2010)<sup>40</sup>. In this case, the High Court considered two Charity Tribunal decisions that prevented the appellant, a Roman Catholic charity offering adoption services, from selecting its charitable objects by amending its memorandum of association in order to prohibit adoption by same-sex couples. According to the High Court, this amounted to discrimination and did not fall within the exemption of Regulation 18 of the Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007<sup>41</sup>. Explaining the purpose of Regulation 18, Mr Justice Briggs stated, *inter alia*, that:

it was no part of the purpose of Regulation 18 to give carte blanche to publicly funded faith-based adoption agencies to continue to deny their services to same-sex couples, simply by changing their charitable instruments during the transitional period<sup>42</sup>.

In interpreting the meaning of Regulation 18, the Court concluded that,

it is by implication limited to the provision of benefits on the basis of differential treatment which would be justified under Article 14, and in most cases (including the present) but not necessarily all, the regulatory powers of the Charity Commission would be sufficient to ensure that Regulation 18 conferred no exemption in relation to unjustified discrimination<sup>43</sup>.

In *Catholic Care v The Charity Commission for England and Wales*, the High Court ruled in unequivocal terms that charities will not be pardoned or given unrestricted power to act at their own discretion by relying on exemption clauses if they cannot demonstrate that their policies are proportionate to achieving a legitimate aim, or for the purpose of preventing or compensating for a disadvantage linked to a protected characteristic. The same rationale could apply to section 193 of the Equality Act 2010 which provides for a charitable instrument exemption to provide benefits to beneficiaries sharing a protected characteristic. Allowing charities to provide the benefit of parenthood to heterosexual couples and openly discriminating against another group, would not only mean that exemptions are misapplied, but it would also result in a breach of Convention rights, such as Article 8 ECHR which protects the right to private and family life, and Article 14 ECHR which prohibits discrimination.

It is argued that since registrars are carrying out public duties, it is plausible to distinguish between objections of conscience and allow the existence of reasonable limitations to the exercise of religious manifestations in the workplace. Kenneth Norrie, for example, has argued that objections by health care

38 Marriage (Same-Sex Couples) Bill, Session 2013-14, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2013-2014/0034/amend/ml034-ir.htm> (accessed 11-7-2015).

39 Marriage (Same Sex Couples) Act 2013, ch 30, available at [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga\\_20130030\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/pdfs/ukpga_20130030_en.pdf) (accessed 20-6-15)

40 *Catholic Care v The Charity Commission for England and Wales* (2010) EWHC 520 (Ch), available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/520.html> (accessed 20-6-15).

41 *Equality Act (Sexual Orientation) Regulations* 2007, SI 2007/1263. Regulation 18: 'Nothing in the Regulations will make it unlawful for a person to provide benefits only to persons of a particular sexual orientation, if (a) he acts in pursuance of a charitable instrument, and (b) the restriction of benefits to persons of that sexual orientation is imposed by reason of or on the grounds of the provisions of the charitable instrument.'

42 *Catholic Care v The Charity Commission for England and Wales* (2010), cit., par. 84.

43 *Ibid*, par. 104.



professionals relating to abortion or other compulsions under the law is rather different since healthcare professionals are not carrying out public functions in the same way as public servants and there is therefore more leeway to accommodate religious manifestations for healthcare professionals if their actions do not constitute systemic discrimination. In England, a number of Catholic adoption agencies with charitable status faced closure since the Charity Commission found that policies of excluding non-traditional families are in breach of the Equality Act 2010 on the basis of discrimination on the ground of sexual orientation<sup>44</sup>. Catholic Care, a Roman Catholic charity lost an appeal in 2012 when it failed to demonstrate that it held compelling reasons justifying a change to its memorandum of association in order to exempt itself from the Equality Act 2010 and restrict adoption services to same-sex couples<sup>45</sup>.

## 5. 'Reasonable accommodation' as a means of legitimising discrimination

This article adopts the definition of "reasonable accommodation" as this is found in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and in Article 5 of EU Directive 2000/78. According to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 'reasonable accommodation' means 'necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms'. In the same light, according to Article 5 of Directive 2000/78,

in order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.

It is therefore clear that the notion of 'reasonable accommodation' was developed to give effect to the protection of disadvantaged minorities, and in light of the Directive, the provision of 'reasonable accommodation' is specific to the rights of disabled persons. One of the most recent attempts to modify the meaning of 'reasonable accommodation' and expand it to incorporate an exemption for employees exercising public functions was made by Lord Anderson of Swansea in the House of Lords during the Committee stage of the Marriage (Same Sex Couples) Bill. Lord Anderson proposed the insertion of a clause permitting 'reasonable accommodation' for employers who express conscientious objections to performing their duties in a same-sex marriage:

### Reasonable accommodation

- (1) An employer has a duty to take such steps as are reasonably practical to accommodate an employee who has a conscientious belief that marriage is the union of one man to one woman for life to the exclusion of all others.
- (2) The duty in subsection (1) applies where an employee would otherwise be required to act in a way which is contrary to their conscientious belief about marriage.
- (3) For the purposes of subsection (1), an employee is as defined in section 230 of the Employment Rights Act 1996 but does not include a registrar, a superintendent registrar, the Registrar General or any person holding or exercising judicial office.

44 *BBC News*, Catholic charity's appeal over gay adoption fails, available at <http://www.bbc.co.uk/news/uk-11019895> (accessed on 26-1-17); Martin Beckford, 'Last Catholic adoption agency faces closure after Charity Commission ruling' (*The Telegraph*), 19 August 2010, available at <http://www.telegraph.co.uk/news/religion/7952526/Last-Catholic-adoption-agency-faces-closure-after-Charity-Commission-ruling.html> (accessed 18-7-15).

45 *Catholic Care (Diocese of Leeds) v Charity Commission for England and Wales*, appeal to the Upper Tribunal (Tax and Chancery) on appeal from the First-Tier Tribunal (General Regulatory Chamber) (Charity), ref. no. CA/2010/0007, available at <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/catholic-care-charity-commission-judgment-02112012/> (accessed 26-1-17).

(4) This section is without prejudice to any rights which an employer has under Schedule 9 to the Equality Act 2010<sup>46</sup>.

This proposed insertion was not included to the Marriage (Same Sex Couples) Act 2013.

In light of the arguments outlined above, reasonable accommodation in the workplace needs to be carefully balanced and adjusted to legally protected principles of equal treatment, since near-blanket recognition and accommodation of all religious manifestations without taking into account equality legislation could in certain cases amount to legitimising discrimination. Given the wide scope of “beliefs” falling within the right to freedom of thought, conscience and religion, accommodating manifestations that are directly discriminatory could potentially open the floodgates of litigation for other religious or non-religious objectors seeking the right to be exempted from their professional duties on the basis of their religious, moral or philosophical beliefs.

## 6. Conclusion

Religious manifestations in the workplace have drawn considerable attention and debate over the years, particularly with the change of social perceptions and the gradual recognition of the rights of minorities. Domestic policies that may pose restrictions on religious manifestations, although they may seem punitive by the objector, can, in certain circumstances, be justified. As recent jurisprudence on religious manifestation suggests, the nature of particular posts may become determinant factors in decisions involving conflict of rights in the field of employment. Public servants, Catholic adoption agencies and health care providers have so far been unsuccessful in their efforts to secure exemptions from their duties on the basis of their religious beliefs. Recent decisions such as those in *Bull v Hull* and *Lee v Ashers Baking Co Ltd* indicate that private businesses are also likely to be bound by equality legislation and its prevailing safeguards.

Balancing religious rights with the rights and freedoms of others has been a particularly challenging task for the legislature and the judiciary in the United Kingdom. The decisions and arguments outlined in this article constitute evidence of the importance of safeguarding the right to equality and non-discrimination in the workplace. This view was highlighted by the Employment Appeal Tribunal in *Ladele* where it was held that the issue was not a matter of giving equal respect to the rights of the claimant and the rights of the LGBT community, but it was whether the means adopted by the local council to achieve this aim were proportionate and necessary in a democratic society. As indicated by the jurisprudence of domestic and international courts, the right of conscientious objection exists and is recognised where necessary; however it is not absolute. Any attempts to reasonably accommodate religious manifestations must, first and foremost, be balanced with the rights of others and must take into account the fundamental protections of non-discrimination and equality legislation.

<sup>46</sup> Lords Hansard, Amendment 53, moved by Lord Anderson of Swansea, available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201314/ldhansrd/text/130708-0003.htm> (accessed 20-6-15).

**Laura Calafà\***

## Organizzazioni di tendenza e orientamento sessuale: il valore (non solo simbolico) del caso di Trento

### Sommario

1. Retrospective lavoristiche - 2. Il caso, le regole e l'argine giudiziario alla trasposizione obliqua della dir. 2000/78 - 3. Le organizzazioni di tendenza oggi

### Abstract

Il mancato rinnovo di un contratto a termine in una scuola paritaria ad una lavoratrice ritenuta omosessuale configura una discriminazione diretta individuale e una discriminazione collettiva potenziale a danno dei lavoratori interessati all'assunzione presso l'istituto scolastico. Nel contributo si approfondiscono i passaggi più rilevanti della pronuncia del Tribunale di Rovereto del 21 giugno 2016 tenendo in considerazione il contesto regolativo nel quale la sentenza è riconducibile (Direttiva (CE) 2000/78; D.Lgs. 216/03) e si analizzano, in particolare, le deroghe o le eccezioni al funzionamento del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale proprie delle cd. organizzazioni di tendenza che – dopo le recenti riforme del diritto del lavoro – riducono i margini di esclusione dalle regole comuni anche con riguardo alla disciplina del licenziamento<sup>1</sup>. Tra le diverse ragioni che spiegano l'importanza della pronuncia prevale il dato – per nulla scontato nell'ordinamento italiano – che il giudice esclude l'ammissibilità di discriminazioni fondate su motivi diversi da quelle collegate alle convinzioni personali e religiose dei lavoratori e lavoratrici o aspiranti tali negli enti religiosi.

*The non-renewal of a fixed-term contract by a Catholic school of a worker believed to be gay configures an individual direct discrimination based on sexual orientation and a collective discrimination against workers potentially to be recruited by the school. This note addresses the relevant points of the judgment of the Court of Rovereto of 21st of June 2016 taking into account the regulatory context on which the judgment relies (Directive (CE) 2000/78; D.Lgs. 216/03); the Author analyses in particular derogations or exceptions to the operation of the prohibition of discrimination based on sexual orientation in organizations the ethos of which is based on religion or belief after the recent reforms in employment law. The legislative decree (D.Lgs. 81/15) reduces the margin of exclusion from the common rules even with regard to dismissals. Among the many reasons that explain the importance of the judgment the note highlights the statement by the Court - not at all obvious under Italian law - that the only permitted discrimination in religious organizations is on the ground of personal and religious convictions of male and female workers or candidates, to the exclusion of any other grounds (including sexual orientation).*

\* Ordinaria di Diritto del Lavoro, Università di Verona.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1 In base all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, le organizzazioni di tendenza erano escluse dall'applicazione della reintegra nel posto di lavoro come conseguenza della dichiarazione d'illegittimità del licenziamento. Con il d.lgs. 23/2015 relativo al cd. contratto di lavoro a tutele crescenti, tale esclusione è stata superata con conseguenziale allineamento del regime tra organizzazioni di tendenza e altri datori di lavoro.

## 1. Retrospective lavoristiche

Qualche anno fa, in un'importante monografia dedicata al funzionamento dei divieti di discriminazione nel diritto del lavoro, si argomentava sulle organizzazioni di tendenza e la possibilità offerta dalla Direttiva (CE) n. 2000/78 di "esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione" a partire dal seguente caso ipotetico: "si pensi ad una scuola cattolica che, se non può licenziare né penalizzare l'insegnante omosessuale per il semplice fatto della sua "diversità", può tuttavia legittimamente pretendere che questi non ne faccia una bandiera in nome della quale contestare, davanti agli studenti e forse anche ai colleghi, la dottrina ufficiale della Chiesa in materia di sessualità"<sup>2</sup>. Il dubbio che assaliva dalla lettura del caso proposto riguardava non tanto la situazione descritta in sé e per sé (la scuola non può: atto illegittimo perché discriminatorio), quanto la formula avversativa aggiunta (quel può tuttavia legittimamente pretendere) che seguiva l'affermazione principale. Non appariva logico, già allora, dedurne invece l'illegittimità in base ad una palese natura discriminatoria anche della richiesta secondaria?

Il valore del caso concreto affrontato a Trento si può misurare proprio a partire dalla comprensione di questa premessa retrodata. Nel senso che l'approfondimento dell'ordinanza *ex art.* 702 *ter* c.p.c. del Tribunale di Rovereto del 21 giugno 2016 che si commenta, impone sicuramente una riflessione sul groviglio di regole domestiche e dell'Unione che legano le attività delle cd. organizzazioni di tendenza e il diritto antidiscriminatorio, tenendo anche conto delle più recenti modifiche in materia di licenziamento che, seppur non direttamente rilevanti nel caso *de quo*, concorrono a chiarire il contesto in cui si cala. Tale riflessione consente, altresì, di affrontare un doppio nodo interpretativo ereditato dalla dottrina lavoristica di cui il caso ipotetico rappresentava la sintesi<sup>3</sup>: *in primis*, lo statuto giuridico dell'organizzazione di tendenza sempre sospeso tra l'approccio tradizionalmente cauto dell'interprete e una confusione definitiva ereditata dal funzionamento dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori<sup>4</sup>; dall'altra parte, l'emersione e il consolidamento della vita giudiziaria di un diritto antidiscriminatorio per lunghi anni solo pensato dalla dottrina e mai realmente praticato da giudici ed avvocati a livello nazionale<sup>5</sup>. Il caso ipotetico, utilizzato in forma retorica in apertura del paragrafo, è stato scritto quando ancora la discussione era tutta teorica, l'argomentazione autoreferenziale – in quanto priva di dati di confronto reali e concreti – e gli esiti scientifici alquanto labili in un contesto complessivo in cui la dimensione antidiscriminatoria risultava quasi completamente scollegata dal concreto funzionamento delle regole di tutele acquisitive del lavoro mediante il funzionamento della cd. inderogabilità *in pejus*, fissate dal legislatore e/o contrattate collettivamente.

La dottrina lavoristica sta metabolizzando solo ora ciò che i divieti di discriminazione sono diventati ovvero strumenti di tutela integrativa nei casi di evidente abbassamento della tutela tradizionale del lavoro, prestando (ovviamente) particolare attenzione alla tutela del lavoro classicamente intesa, fondata su strumenti tradizionali del lavoro poco sopra elencati. In generale, sono parte di un *mix* di tecniche diverse che assolvono ad una funzione complementare di tutela del lavoro senza sottovalutare che sempre più spesso anche in Italia, tali strumenti già possono (o potrebbero nell'immediato futuro) diventare l'unica forma di tutela possibile dei lavoratori<sup>6</sup>. Si pensi al caso *Fiat Pomigliano* in cui si riafferma il valore della libertà delle convinzioni personali, anche sindacali, o al caso *Abercrombie Fitch* in discussione alla Corte di giustizia con riguardo al lavoro intermittente e al divieto di discriminazione diretta in base all'età<sup>7</sup>. Oppure ancora i lavoratori precari della scuola, come appunto nel caso trattato

2 D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nel rapporto di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, Jovene, 2005, nota 38 a pag. 397.

3 L'idea di affrontare la tradizione giuslavoristica in tema di diritto antidiscriminatorio del lavoro spiega l'uso del termine *retrospective* nel titolo del paragrafo. Oggi, l'utilizzo delle tecniche tipiche del diritto antidiscriminatorio è ampio e significativo, al contrario di quanto avveniva nel recente passato.

4 Per un'eccezione A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2009, 3, p. 381; Id., *Osservazioni critiche su lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, in *Lavoro e diritto*, 2003, p. 581.

5 Cfr. L. Calafà, *Il codice delle pari opportunità dopo il recepimento della dir. 2006/54: profili sostanziali*, in *Le nuove leggi civili commentate*, vol. XXXIII, n. 3, 2010, p. 537.

6 L. Calafà, *Il diritto antidiscriminatorio del lavoro: istruzioni per l'uso*, in (a cura di) A. Allamprese, L. Fassina (a cura di), *Vademecum per l'Europa*, 2016, Roma, Ediesse, p. 51; M. Ranieri, *Direttive antidiscriminatorie di seconda generazione e Corte di giustizia dell'Ue: alcune questioni problematiche*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2013, p. 165.

7 M. Barbera, V. Protopapa, *Il Caso Fiat: come la tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sindacale*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2014, p. 163; M.G. Militello, *Dal conflitto di classe al conflitto tra gruppi. Il caso Fiat e le nuove frontiere del diritto antidiscriminatorio*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, II, p. 227. Sul caso *Abercrombie Fitch* in attesa di pronuncia della Corte UE, L. Calafà,



dal giudice di Rovereto, a conferma che il lavoro rimane l'ambito di applicazione privilegiato, oltre che la sede originaria nella quale si è sviluppata la tutela antidiscriminatoria. Come è ovvio, il fattore orientamento sessuale mantiene una propria ed autonoma dimensione di rilevanza in cui si tutela la libertà di scelta e di autodeterminazione "che ciascuno ha diritto di vedere comunque rispettata, perché è espressione della dignità umana"<sup>8</sup> anche a prescindere dal luogo di lavoro.

Una sincera riflessione sul diritto antidiscriminatorio vivente a livello nazionale, a partire dal caso in commento, non può che indurre a considerare largamente riconosciuta la riconducibilità dei divieti di discriminazione fondati sull'età alle regole del lavoro<sup>9</sup>; quasi inesistenti le pronunce in materia di orientamento sessuale – e proprio per questa ragione la pronuncia in oggetto acquisisce anche una valenza simbolica rilevante – e addirittura inspiegabile la totale assenza di pronunce *ex art. 10* rubricato *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori* ad oltre 10 anni di distanza dall'entrata in vigore del D.Lgs. 276/03 cd. riforma Biagi del mercato del lavoro, un mancato allineamento tra realtà sociale e giuridica che emerge anche da mirate ricerche in materia che segnalano importanti discriminazioni nell'accesso al lavoro e durante il rapporto di lavoro fondate sull'orientamento sessuale<sup>10</sup>.

## 2. Il caso, le regole e l'argine giudiziario alla trasposizione obliqua della dir. 2000/78

I fatti all'origine della controversia sono semplici: in occasione del rinnovo del contratto di lavoro a tempo determinato ad un'insegnante d'arte dell'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù di Trento viene chiesto di negare la propria omosessualità, negando – in particolare – "di avere una relazione di convivenza affettiva con un'altra donna, asseritamente oggetto di voci all'interno dell'organizzazione o, comunque, di impegnarsi a risolvere il problema rappresentato dalla sua, del tutto presunta, omosessualità; a fronte del rifiuto da parte dell'insegnante di rivelare elementi della sua vita privata, il contratto di docenza non era stato rinnovato come era accaduto negli anni precedenti e non era stato dato corso alla promessa assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione" (sent. cit.).

Con argomentazione asciutta e sintetica, il giudice riconosce l'esistenza della discriminazione individuale diretta e della discriminazione collettiva mediante utilizzazione del d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 di attuazione della Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro. La rilevanza mediatica del caso, le interviste delle parti e le istanze probatorie hanno contribuito a confermare la centralità del colloquio tra l'insegnante e la responsabile della scuola esclusivamente fondato sull'orientamento sessuale della lavoratrice. Ciò è stato sufficiente per il giudice a fondare il convincimento di una patente violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 216/03 con esclusione di ogni rilevanza dei limiti di applicazione del divieto sanciti dal successivo art. 3, nei commi da 3 a 6 per le organizzazioni di tendenza. In modo molto chiaro il giudice scrive che le clausole di salvaguardia non operano "dal momento che nel caso qui in esame è stata perpetrata una discriminazione per orientamento sessuale e non per motivi religiosi".

La conclusione può sembrare ovvia, ma non le è affatto e merita di essere enfatizzata perché la matrice delle regole applicate dal giudice è frutto di quella già definita come un'ipotesi di *trasposizione obliqua* della Direttiva del 2000, obliqua perché piegata al perseguimento di finalità diverse, se non addirittura opposte a quelle che hanno ispirato il legislatore comunitario<sup>11</sup>.

---

*Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di Giustizia, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 2016, p. 692.*

- 8 M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, p. 399, cit., p. 414.
- 9 A. Lassandari, *L'irrisolvibile confronto tra la Corte e gli Stati sulle discriminazioni per ragioni di età*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, 2014, II, p. 750; O. Bonardi, *Le discriminazioni basate sull'età*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 125; G. Loi, *La ragionevolezza come predicato delle differenze di trattamento*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, I, p. 482.
- 10 Sul trattamento delle persone Lgbt al lavoro, si legga il primo report specifico *Io sono io lavoro* in <http://www.arcigay.it/wp-content/uploads/Report-Io-sono-io-lavoro.pdf>. L'art. 10 del D.Lgs. n. 276/2003 si applica alle agenzie e intermediari che operano nel mercato del lavoro. V. *infra* nota 11.
- 11 L. Calafà, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 171, anche per una ricostruzione della prima serie di pronunce della Corte UE; per una ricostruzione più recente della Corte di giustizia dell'Unione europea (a partire dalla sentenza 10 maggio 2011, C-147/08, *Römer*), M. Borzaga, *Unioni civili*,



La prima pronuncia pubblicata espressamente dedicata al tema consente di rileggere le regole ricordandone i limiti con cui sono state elaborate per valorizzarne il sostanziale superamento nel caso concreto.

La premessa sui limiti è chiara e semplice: il fattore orientamento sessuale è stato inserito dalla dottrina tra quei motivi di discriminazione realmente irrilevanti rispetto alle decisioni relative all'occupazione o all'accesso alla stessa, considerando che non hanno alcun effetto sulla capacità o disponibilità a svolgere un lavoro o ad utilizzare beni o servizi<sup>12</sup>. La capacità di tenuta di una simile qualificazione nel nostro ordinamento è stata messa fortemente in dubbio dalle scelte compiute dal legislatore italiano nella fase di trasposizione della Direttiva (CE) n. 2000/78 agendo con due tecniche diverse che hanno prodotto l'effetto di allargare l'ambito d'incidenza potenziale del funzionamento della discriminazione fondata sull'orientamento sessuale: collegando i divieti contenuti nel d.lgs. 216/2003 a regole di diverso segno e significato contenute in altri atti legislativi e ampliando l'ambito delle deroghe ai suddetti divieti nello stesso seno del D.lgs. n. 216/2003<sup>13</sup>.

Nel primo capitolo va inserito il testo dell'art. 3 comma 6 del D.Lgs. n. 216/2003 in virtù del quale non "costituiscono, comunque, atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento che, pur risultando indirettamente discriminatorie, siano giustificate oggettivamente da finalità legittime perseguite attraverso mezzi appropriati e necessari. In particolare, resta ferma la legittimità di atti diretti all'esclusione dallo svolgimento di attività lavorativa che riguardi la cura, l'assistenza, l'istruzione e l'educazione di soggetti minorenni nei confronti di coloro che siano stati condannati in via definitiva per reati che concernono la libertà sessuale dei minori e la pornografia minorile". Dalla semplice lettura del disposto appare emergere immediatamente il valore, per così dire, rafforzativo-punitivo dello stesso: rafforzativo della legittimità di atti di esclusione già ricavabile da altre regole e punitivo dei particolari reati in esso elencati; essendo tale scelta superflua, rimane scoperto il valore complessivo della scelta compiuta: l'inopportuna segnalazione di un pericolo ingiustificato e l'abbinamento di tali reati all'omosessualità. Come è stato scritto, "il legislatore ha ritenuto che l'orientamento sessuale potrebbe ricomprendere comportamenti sessuali come la pedofilia, ma in tal caso la previsione sarebbe completamente fuori luogo, poiché la pedofilia non è considerata un orientamento sessuale ai sensi della Direttiva (CE) 2000/78, come fu espressamente indicato nella relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva (e in ogni caso vi sarebbe già l'eccezione di cui all'art. 3, comma 2, lett. c), che recepisce l'articolo 2(5) della direttiva, la cui *ratio* potrebbe essere, tra le altre, l'esclusione della protezione di comportamenti sessuali illeciti); oppure il legislatore ha inteso strumentalmente porre l'accento sul fenomeno della pedofilia quasi a voler confondere orientamento (omo)sessuale e pedofilia. *Tertium non datur*. In ogni caso questa disposizione pare una misura volta a "giustificare", se non ad alimentare, la diffidenza nei confronti delle persone omosessuali piuttosto che a combattere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale"<sup>14</sup>.

Con riguardo al secondo capitolo dell'intervento del legislatore delegato, l'ampliamento del capitolo delle deroghe, a fronte di un testo della direttiva più chiaro, si deve ricordare la scelta di far confluire nel solo art. 3 (sotto la rubrica *Ambito di applicazione*) anche i requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa collocati in separata sede nella direttiva (art. 4, Direttiva 2000/78 *Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa*). Il comma 3° dell'art. 3 ripropone la clausola generale inserita nel testo della diret-

---

*trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?* in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2012, II, p. 215.

- 12 M. Bell, L. Weddington, *Diversi seppur eguali. Riflessioni sul diverso trattamento delle discriminazioni nella normativa europea in materia di eguaglianza*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2003, p. 37.
- 13 G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, in S. Fabeni, G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, 2005, Roma, Ediesse, p. 142 afferma che attraverso l'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003 si allarga surrettiziamente l'ambito di rilevanza dell'incidenza delle caratteristiche personali del lavoratore sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, nonostante tale articolo si incarichi di allargare l'ambito soggettivo dei soggetti attivi della discriminazione (agenzie, ecc.). In quella sede, l'A. si occupa anche delle relazioni tra la Direttiva 2000/78, il D.Lgs. n. 216/2003 e l'art. 8 dello Statuto dei lavoratori.
- 14 L. Calafà, *Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale*, cit.; S. Fabeni, *Norme antidiscriminatorie e il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216: le opportunità mancate e le prospettive per una riforma*, in S. Fabeni, G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 107,108. Con riguardo al comma 6, D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit. p. 402 scrive che "tale puntualizzazione (...) non sembra spiegabile se non sulla base dell'implicito presupposto, a quanto consta del tutto indimostrato, che siano prevalentemente le persone con un particolare orientamento sessuale a rendersi colpevoli di crimini connessi alla pedofilia (anche nel suo versante pornografico): l'omosessualità, pur rientrando tra i modi di essere della persona che si vorrebbero tutelare, viene così obliquamente associata, con un indebito salto concettuale, a condotte penalmente rilevanti".

tiva, modificandola<sup>15</sup>. Non solo si cambia l'*incipit*, ma vi si aggiunge il richiamo alla ragionevolezza che non compariva nel testo della direttiva. Il legislatore nazionale (come quello comunitario) ha scelto la clausola generale che, pur avendo dei pregi (il principale è quello di non imporre una predeterminazione delle situazioni ammesse, a rischio obsolescenza), presenta il difetto complementare di restringere il margine di operatività dei divieti di discriminazione in modo approssimativo ovvero troppo legato al ruolo del giudice (e delle questioni, sempre poche se non rare, in questo specifico ambito) che gli vengono sottoposte<sup>16</sup>.

Con riguardo a tale comma (inserito genericamente nell'ambito della disciplina derogatoria del principio di parità di trattamento) e soprattutto per l'inserimento di una premessa non richiesta dalla direttiva, è stato affermato che la stessa "rimanda ad un generico, e alquanto improprio "rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza" che, letto così, sembrerebbe prospettare un'alternativa a quanto stabilito dalla direttiva<sup>17</sup>.

Il punto (potenzialmente) problematico dell'intero assetto delle regole costruite sul modello comunitario pare dunque collegato all'aumento di discrezionalità che il legislatore nazionale (che ha evitato di regolare ipotesi specifiche di eccezioni al divieto di discriminare o di cause di giustificazione che dir si voglia) ha offerto ai giudici; da un punto di vista più generale e nonostante doverosi richiami alla cautela<sup>18</sup>, tale scelta pare comunque – e purtroppo – giustificare "la legittimità di indagini del datore di lavoro su quelle caratteristiche personali del lavoratore e dell'aspirante lavoratore"<sup>19</sup>.

Questa è la ragione principale (non certo l'unica) che rendeva qualche anno fa impietoso il giudizio espresso nei confronti del recepimento nazionale: nell'art. 3 si concentravano e si concentrano tutt'ora il maggior numero di deviazioni nazionali rispetto alla direttiva base da recepire. Tutti gli aggiustamenti e riletture contenute in questo articolo hanno un tratto comune, il senso che le ispira: "l'arbitrario ampliamento dell'area delle giustificazioni delle differenze di trattamento realizzato attraverso l'indebita

- 15 I cambiamenti effettuati si comprendono già ad un semplice confronto del testo della direttiva con il testo del decreto legislativo: l'art. 4 della Direttiva 2000/78 dedicato a *Requisiti per lo svolgimento dell'attività lavorativa* dispone che "Fatto salvo l'art. 2, par. 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una differenza di trattamento basata su una caratteristica correlata a una qualunque dei motivi di cui all'articolo 1 non costituisca discriminazione laddove, per la natura di un'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, tale caratteristica costituisca un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa, purché la finalità sia legittima e il requisito proporzionato". Il comma 3, art. 3 D.Lgs. 216/03 (*Ambito di applicazione*), in cui si concentrano tutte le regole fissate nella dir. nel successivo art. 4, scrive che "Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima, nell'ambito del rapporto di lavoro o dell'esercizio dell'attività di impresa, non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 quelle differenze di trattamento dovute a caratteristiche connesse alla religione, alle convinzioni personali, all'handicap, all'età o all'orientamento sessuale di una persona, qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui essa viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima".
- 16 G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit. p. 136. Come è stato segnalato, la formulazione apparentemente rimane la stessa, ma il diverso *incipit* scelto dal legislatore nazionale "sembra svolgere una diversa funzione". La semplice sostituzione di "Fatto salvo l'art. 2, paragrafi 1 e 2" con la formula "Nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza" può essere letta come "espressione del potere normativo riservato dalla direttiva agli Stati membri di "stabilire" che determinate differenze di trattamento non costituiscono discriminazione". Insomma, questo cambiamento appare un indicatore del diverso approccio di fondo tra decreto e direttiva; al riguardo vengono segnalati due profili di presunta censurabilità della scelta: il primo, il riferimento all'ambito "dell'esercizio dell'attività d'impresa" rende incerto il collegamento con il 2° comma dello stesso articolo (ambito di operatività delle giustificazioni ammesse correlato alle aree di operatività della direttiva); il secondo, il fatto di anteporre il rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza pare in grado di ridurre la portata e il valore di quel requisito "essenziale e determinante" per lo svolgimento dell'attività lavorativa" (e che nella direttiva è correlato ad una finalità legittima ed appaia proporzionato). L'A. parla al riguardo di un principio di proporzionalità "che può avere un impatto differenziante ma ciononostante legittimo", vista la formulazione prescelta.
- 17 Sullo specifico punto si rinvia M. Barbera, *Introduzione*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., p. 171; le citazioni sono di G. Ferraro, G. Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, in S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 161.
- 18 M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nell'impiego e nell'occupazione: esempi concreti ed aspetti problematici alla luce delle nuove norme comunitarie*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2004, p. 775, con riguardo al primo comma dell'art. 4 riconosce che la formula utilizzata dal legislatore comunitario "è piuttosto ampia, sicché è auspicabile che gli Stati membri esercitino la massima cautela nell'introdurre regole in questo settore e che la giurisprudenza adotti soluzioni interpretative fedeli allo spirito della direttiva".
- 19 G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit. p. 139. Di contrario avviso, P. Chieco, *Frantumazione e ricomposizione delle nozioni di discriminazione*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2006, p. 3, in particolare § 3.

estensione e generalizzazione dei requisiti occupazionali<sup>20</sup>. Il legislatore italiano ha costruito un congegno pericoloso composto di clausole generiche, solo apparentemente ispirate alle regole comunitarie, che in realtà frantumano le stesse e ne ripropongono alternative somiglianti, ma di valore nettamente distinto. Il giudice di Rovereto esclude ogni rilevanza a tali dubbi e limpidamente riconosce la natura discriminatoria della mancata riassunzione, ma soprattutto esclude che la dottrina ufficiale della Chiesa in materia di sessualità abbia una propria ed autonoma rilevanza riaffermando la natura discriminatoria di una condotta (la mancata assunzione con contratto a termine di durata annuale) che produce un trattamento deteriore tra chi è considerato omosessuale rispetto a chi è ritenuto eterosessuale. Si conferma che una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga in base all'art. 2, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 216/03. Per fugare ogni dubbio, scrive che l'orientamento sessuale di un'insegnante è certamente estraneo alla tendenza ideologica dell'istituto evitando di aprire ogni varco ad argomentazioni contrarie della scuola paritaria.

A prescindere dagli esiti nel caso concreto, positivi per la prospettiva di valorizzazione del principio di parità di trattamento prescelta dal giudice, l'argomentazione avviata con il caso ipotetico ricordato in premessa va comunque conclusa.

Collegando l'art. 3 comma 3 con la clausola di esonero dal rispetto del divieto di discriminazione legata alla natura dell'attività lavorativa e al contesto in cui viene posta in essere<sup>21</sup>, e l'art. 3 comma 4, contenente una clausola di accertamento dell'idoneità ad uno specifico lavoro, pare logico e doveroso porsi la seguente domanda: come può l'orientamento sessuale di una persona rilevare ai fini dell'idoneità professionale in taluni settori se si escludono ragioni (illegittime perché discriminatorie) connesse ai pregiudizi? Ancora: la lavoratrice ha scelto di tutelare la propria privacy e non ha manifestato il proprio orientamento sessuale. E se avesse scelto il contrario e l'avesse manifestato? La scuola paritaria sarebbe stata in condizioni giuridiche diverse ovvero di contestare la continuazione del rapporto?

Nel caso ipotetico inserito in premessa la natura discriminatoria della richiesta di non manifestare il proprio orientamento sessuale nei confronti degli studenti e, forse, dei colleghi, si poteva già collegare all'impossibilità di scegliere se manifestare o meno il fatto di essere omosessuale (c.d. *coming out*), parte integrante del principio di parità di trattamento sulla base dell'orientamento sessuale, e si poteva congiungere, altresì, alla stessa portata della locuzione orientamento sessuale che comprende sia la dimensione astratta che quella concreta dell'orientamento sessuale (ovvero tendenza e manifestazione)<sup>22</sup>.

Il punto sul quale tornare anche per concludere questa ulteriore riflessione è sempre la trasposizione nazionale della Direttiva (CE) 2000/78. Il quadro regolativo domestico non è completamente aderente a quello dell'Unione, un livello regolativo già complesso ulteriormente complicato a livello nazionale tanto da poter confondere ogni giudice chiamato ad applicarle. Nel senso che le due opposte posizioni (è legittimo chiedere di nascondere o, al contrario, è illegittimo) si connettono a diverse opzioni interpretative collegate – a loro volta – a tre passaggi interpretativi topici dell'art. 4, 2° comma della Direttiva (CE) 2000/78. In particolare, ci si riferisce al disposto che non giustifica discriminazioni fondate su fattori diversi da quelli delle convinzioni personali e religiose e, subito dopo, consente di "esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica

20 G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit., p. 135. Prima di approfondirne i contenuti, appare utile continuare a segnalare una differenza nell'ambito del sistema derogatorio contenuto nell'art. 3 del d.lgs. 216/2003: occorre, al riguardo, distinguere – dopo la definizione del campo di applicazione del decreto inserita nel primo comma – tra eccezioni al divieto di discriminare e cause di giustificazione del trattamento diseguale. Le prime (tecnicamente la discriminazione appare perfezionata in tutti i suoi elementi costitutivi, ma un elemento esterno ne impedisce il funzionamento) sarebbero contenute nell'elenco inserito nel 2° comma dell'art. 3, mentre le cause di giustificazione (ovvero le delimitazioni della nozione di discriminazione: la discriminazione non si perfeziona) sono inserite nei commi successivi (co. 3 e ss. dell'art. 3). In questa sede si preferisce parlare – più genericamente – di deroghe alla parità di trattamento (eventualmente segnalando la duplice veste di cause di giustificazione alle disparità di trattamento e di eccezioni al funzionamento del divieto di discriminazione), ma senza fornire a tale specificazione un centrale valore classificatorio nell'ambito del presente contributo. G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit. p. 131; non effettuano la stessa distinzione, invece, G. Ferraro, G. Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, *ivi*, p. 153.

21 G. Ferraro, G. Gentile, *Le eccezioni all'applicazione del principio di parità di trattamento*, cit., p. 170, 171, parlano di accertamento di idoneità (oggettiva e soggettiva) con riguardo al comma 3° dell'art. 3, richiamando poi a pag. 169 anche il successivo comma 4° dello stesso articolo. L'idoneità soggettiva riguarda le "attitudini proprie dell'individuo", mentre quella oggettiva non è riferita a caratteristiche psico-fisiche del lavoratore, bensì ad una pretesa conciliabilità di quest'ultimo a fattori esogeni quali l'etica dell'organizzazione aziendale".

22 M. Bonini Baraldi, *La discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale*, cit.

dell'organizzazione" (parte finale della prima parte del comma 2, che rappresenta una sorta di anello di collegamento tra le due parti della norma)<sup>23</sup>.

Chi ammette la legittimità di una tale richiesta riconosce valore centrale e preponderante a tale ultimo disposto citato, mentre quella parte della dottrina che ne esclude la legittimità si limita ad affermare l'unitarietà dell'intero comma e la necessità di una lettura complessiva delle singole parti di cui è composto, un'interpretazione che annulla l'autonomo valore di questo problematico anello di collegamento<sup>24</sup> che, però, a livello nazionale diventa qualcosa di diverso dal testo della direttiva<sup>25</sup>.

Ogni questione di imperizia tecnica e di difformità problematica delle norme, non deve mettere in dubbio che impedire la manifestazione del proprio orientamento sessuale laddove si è scelto di manifestarlo è un atto discriminatorio e lo è anche se si lavora in una scuola paritaria. In questa sede e per lo specifico fattore dell'orientamento sessuale, pare opportuno supportare tale argomentazione da altri due motivi, di valore più generale. In primo luogo si rende necessario interpretare la singola disposizione in senso conforme all'intera direttiva e ai principi e concetti di cui risulta portatrice, enfatizzando quel passaggio della stessa in cui si riconosce che tale "differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario" (il terzo punto del 2° comma dell'art. 4 sottolineato in nota).

Oltre ad attribuire valore autonomo al disposto considerato rispetto all'intero comma, l'interpretazione volta ad affermare la legittimità di un atteggiamento di buona fede e di lealtà dell'etica dell'organizzazione nei confronti dei lavoratori omosessuali (e quindi anche il fatto descritto in apertura del paragrafo) pare trasformare una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in una diversa discriminazione fondata su convinzioni personali, quando una simile trasformazione non è affatto scontata per la generalità della dottrina e non è affatto riconducibile alla lettera della direttiva<sup>26</sup>, anche se ricorda gli argomenti politici spesi nella difficile approvazione in Italia nel 2013 del pdl n. 245 contro l'omofobia, in attesa della seconda delibera in Parlamento già nel 2014 dopo l'approvazione dell'emendamento in virtù del quale "non costituiscono discriminazione la libera espressione di convincimenti

23 Per una recente trattazione del tema a prescindere dal fattore di rischio orientamento sessuale, A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, cit., p. 394.

24 C. Chacartegui Jàvega, *La direttiva 2000/78 e il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale nel diritto comunitario*, in S. Fabeni, M.G. Toniollo (a cura di), *La discriminazione fondata sull'orientamento sessuale*, cit., p. 68, 69 legge in modo combinato i primi due commi dell'art. 4 della Direttiva 2000/78 nel senso che il primo condiziona fortemente la lettura del secondo (la caratteristica personale deve essere per la natura dell'attività lavorativa e il contesto in cui viene posta in essere essenziale e determinante e la finalità perseguita deve essere legittima e il requisito proporzionato); l'ambito di applicazione della deroga deve limitarsi, quindi, alle convinzioni personali e religiose e non all'orientamento sessuale. "L'orientamento sessuale della persona, posto nell'ambito del rispetto della libertà dell'individuo di scegliere la forma in cui desidera esprimere la propria effettività e sessualità, ha a che vedere con il libero sviluppo della personalità e dei diritti inviolabili che sono inerenti alla dignità della persona, come fondamento dell'ordine politico e della pace sociale, e da ciò ne deriva che non possa essere preso in considerazione in quanto elemento che renda difficoltoso o impedisca l'accesso al posto di lavoro, al momento di assumere un lavoratore. Il dovere di assumere un atteggiamento di buona fede nell'ambito del rapporto di lavoro non può essere portato all'estremo sino al punto di impedire il libero sviluppo della personalità del lavoratore, ma agisce semplicemente come un dovere di correttezza nello svolgimento delle prestazioni essenziali determinate dal contratto di lavoro". L'A. conclude affermando che l'orientamento sessuale – in ultima istanza – non deve rilevare ai fini dell'idoneità professionale in taluni settori.

25 Il testo dell'art. 4 della Direttiva 2000/78 è il seguente "Stati membri possono mantenere nella legislazione nazionale in vigore alla data d'adozione della presente direttiva o prevedere in una futura legislazione che riprenda prassi nazionali vigenti alla data d'adozione della presente direttiva, disposizioni in virtù delle quali, nel caso di attività professionali di chiese o di altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tale attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento si applica tenuto conto delle disposizioni e dei principi costituzionali degli Stati membri, nonché dei principi generali del diritto comunitario, e non può giustificare una discriminazione basata su altri motivi". Questa locuzione finale risulta scomparsa nella trasposizione nazionale. La seconda parte dello stesso comma dell'art. 4 della Direttiva aggiunge: "A condizione che le sue disposizioni siano d'altra parte rispettate, la presente direttiva non pregiudica pertanto il diritto delle chiese o delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione". In corsivo sono indicate le parti dell'articolo che non risultano riproposte a livello nazionale.

26 G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit. considera discutibile valutare l'orientamento sessuale come convinzione personale; nel qual caso l'esclusione, però, sarebbe diretta ed esplicita.



o opinioni riconducibili al pluralismo delle idee”, anche nel caso siano “assunte” in “organizzazioni” politiche, sindacali, culturali, religiose.

Dopo queste precisazioni appare chiaro in che termini si riconosca che, a fronte di un legislatore comunitario che ha costruito una regola difficile da applicare, quello nazionale è riuscito a peggiorare la situazione nella fase di trasposizione, eliminando il chiaro e incontrovertibile riferimento all’esclusione della rilevanza dei fattori diversi dalle convinzioni personali e religiose. Viste queste premesse, essere impediti dal mostrare una foto del proprio nucleo familiare perché formato da un compagno o compagna dello stesso sesso diventa un atto contrario alla direttiva perché discriminatorio così come contrario alla direttiva è la stessa mancata sottoscrizione di un nuovo contratto a termine di fronte ad un’insegnante che abbia scelto di registrare un’unione civile in base alla l. 20 maggio 2016, n. 76 (contrariamente a quanto avvenuto a Trento in cui si è altrettanto liberamente evitato di approfondire ogni questione relativa al proprio stato civile in ragione della privacy)<sup>27</sup>.

Disattesa la richiesta di affermare la carenza di legittimazione da parte dell’Associazione radicale Certi diritti e della CGIL del Trentino, il giudice riconosce che l’atteggiamento tenuto dalla scuola e le ripercussioni mediatiche colpiscono non solo la ricorrente, ma “anche ogni lavoratore potenzialmente interessato all’assunzione presso l’Istituto”, richiamando espressamente una pronuncia della Corte d’appello di Brescia<sup>28</sup> e collegandosi idealmente a quel filone interpretativo della Corte di giustizia che ha nel caso *Accept* la sua massima espressione per la lesione dell’orientamento sessuale in cui la Corte delinea i tratti di un divieto di discriminazione potenziale ovvero priva di soggetti, persone, immediatamente lese della dichiarazione pubblica stessa<sup>29</sup>. Il riconoscimento della discriminazione collettiva e del danno non patrimoniale in capo alle associazioni rappresentative degli interessi lesi, confermano che le funzioni del diritto antidiscriminatorio nell’ambito del lavoro, non possono non alimentare un margine crescente d’interesse per le organizzazioni sindacali dei lavoratori. La posizione del giudice di Trento conferma che lo studio del diritto antidiscriminatorio, e la relativa applicazione sono idonei ad avere effetti sulle politiche sindacali del lavoro e non dovrebbero essere considerate di esclusiva competenza delle associazioni storicamente specializzate (riferendosi ovviamente alle reti esistenti in materia di tutela dei disabili, delle persone LGBT, degli stranieri).

Un’ultima nota sulle sanzioni e il risarcimento del danno: visti gli esiti delle più recenti pronunce della Corte di giustizia UE sul danno da discriminazione e le conseguenti più adeguate formule di risarcimento, non sorprende che anche a livello nazionale rimanga sostanzialmente insoluta la questione di base o, come si è preferito definirlo, l’assioma in virtù del quale il danno non può e non deve essere risarcito in misura superiore alla mera riparazione (anche laddove risulti qualificato come morale). Solo rinviate, anche a livello nazionale, tutte le questioni derivanti dalla dissuasività del risarcimento collegato alla violazione dei divieti di discriminazione<sup>30</sup>.

### 3. Le organizzazioni di tendenza oggi

Nell’ordinanza, il giudice di Rovereto scrive che “anche per le organizzazioni di tendenza i margini di manovra sono piuttosto limitati” e richiama la sentenza della Corte edu del 23 settembre 2010, proc. 1620/03. L’affermazione, quasi un’incidentale nella pronuncia, apre riflessioni complesse che non possono essere oggetto di attenzione in questo contributo se non per segnalare che la tradizionale compli-

27 D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, cit., p. 397, sì, per G. De Simone, *I requisiti occupazionali*, cit., p. 150 no, tanto che afferma che per occorre rivalutare la seconda parte del 2° comma della direttiva e non considerare l’esclusione delle discriminazioni basate su altri fattori di rischio come una “semplice ridondanza normativa”; interpretando in modo combinato i due disposti si arriva a ribadire che “l’orientamento sessuale della persona non possa mai assurgere a caratteristica rilevante, neppure nelle chiese o nelle altre organizzazioni ideologiche considerate dalla direttiva e dal decreto”.

28 Si rinvia a Tribunale di Bergamo, sentenza del 6 agosto 2014 e Corte di Appello Brescia, sentenza dell’11 dicembre 2014, commentati in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 125 con nota di M. Ranieri, *Da Philadelphia a Taormina: dichiarazioni omofobiche e tutela antidiscriminatoria*.

29 Ci si riferisce a Corte di giustizia UE, sentenza del 25 aprile 2013, C-81/12, *Accept*, annotata da L. Calafà, *Dichiarazioni omofobiche nel calcio: il caso FC Steaua Bucarest e la discriminazione per orientamento sessuale alla Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, p. 133.

30 Con riguardo a Corte di giustizia UE, 17 dicembre 2015, C-407/14, *Camacho v. L. Calafà*, *Sul risarcimento “dissuasivo” del danno da discriminazione nel diritto UE*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, p. 444, con riguardo ad una violazione del divieto di discriminazione di genere ex dir. 2006/54 relativa ad un caso di licenziamento.



cazione che accompagna il fenomeno della tendenza del datore di lavoro nei contesti produttivi è – a livello nazionale – in fase di alleggerimento quanto meno per la storica questione irrisolta della stratificazione dei livelli regolativi. L'art. 9 comma 2 del d.lgs. D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 intitolato *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183* è la regola più recente in materia di organizzazioni di tendenza. Prescrive che ai “datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto”. Per i contratti di lavoro sottoscritti dalla data del 7 marzo 2015 – i contratti di lavoro cd. a tutele crescenti – il regime del licenziamento non è più ancorato alla reintegra prevista dall'art. 18 dello Statuto, ma varia in ragione del nuovo regime. Il licenziamento se nullo o discriminatorio o intimato oralmente continua a vedersi applicate le regole della reintegra, mentre in tutti gli altri casi segue un regime indennitario che varia anche in ragione della dimensione del datore di lavoro qualificato come organizzazione di tendenza. Il cambiamento merita di essere ricordato in questa sede perché scompare (anche se con la gradualità che accompagna l'ambito di applicazione del d.lgs. 23/15) l'area di cd. privilegio di cui godevano i datori di lavoro-organizzazione di tendenza: a prescindere dalla loro consistenza numerica, la tutela reintegratoria nei confronti di un licenziamento illegittimo era esclusa. Oggi, ridotta l'operatività dalla reintegra in generale limitata al licenziamento nullo o discriminatorio o orale, la consistenza del datore di lavoro e non solo l'attività svolta condiziona le sanzioni applicabili in caso di licenziamento illegittimo.

Questa modificazione non influisce direttamente sul caso specifico trattato dal giudice di Trento<sup>31</sup>, ma sul regime generale riconosciuto alle organizzazioni di tendenza nel senso che si conferma che la tendenza di un'impresa oggi trova un unico limite pregnante nel generale principio di non discriminazione e nella sua attuazione a livello nazionale mediante il d.lgs. 216/03. Con tutti i problemi interpretativi già segnalati nel precedente paragrafo che evocano – per quanto concerne il fattore orientamento sessuale – una “geometria (confusa più che) variabile”<sup>32</sup> non tanto della nozione di organizzazione di tendenza in sé e per sé, ma dei margini di derogabilità spendibili con riguardo all'orientamento sessuale. Tale geometria, dopo i punti fermi fissati dall'ordinanza di Rovereto, si conferma molto meno confusa del passato anche per la scuola paritaria<sup>33</sup>.

31 In dottrina parificano il mancato rinnovo del contratto a termine con la fattispecie di licenziamento, con diverse sfumature, C. Alessi, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Torino, Giappichelli, 2012; P. Saracini, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

32 A. Viscomi, *Organizzazioni eticamente fondate e rapporti di lavoro*, cit. p. 401.

33 Affronta le diverse vicende degli insegnanti di religione nella scuola pubblica, M. Ranieri, *Profili giuslavoristici del rapporto di lavoro degli insegnanti di religione cattolica nella scuola pubblica*, in *Lavoro e diritto*, 2014, p. 669.

---

## *Interventi*

Anna Lorenzetti\*

## Carcere e transessualità: la doppia reclusione delle persone transgeneri

### Sommario

1. Introduzione al tema – 2. Le criticità della condizione transgenere nel contesto carcerario: le prassi e le normative di riferimento – 2.1. La collocazione delle persone transessuali all'atto della reclusione – 2.2. La salute reclusa – 2.2.1. La complessità della condizione transgenere in carcere: la somministrazione di ormoni – 2.2.2. La variabilità nelle tutele durante la detenzione: le diverse fasi del percorso di transizione – 2.3. La persona transgenere come "disturbo" della vita carceraria – 3. Transessualità, detenzione e tutela della salute.

### Abstract

Il lavoro analizza la condizione trans genere rispetto al quadro normativo e alle pratiche in uso nel sistema detentivo italiano, cercando di verificare se e in che termini i diritti e le libertà individuali sono effettivamente tutelate. Nel domandarsi quale tipo di tutela emerge dall'analisi del sistema detentivo, si intendono verificare i limiti emergenti soprattutto rispetto alla condizione di coloro che stanno compiendo la transizione. Considerando le criticità emerse dal contesto carcerario, si pone la necessità di ipotizzare una soluzione che risulti appropriata alla persona transessuale, in grado di garantire la pienezza dei diritti e delle libertà individuali nella peculiarità della vicenda concreta.

*The paper proposes an analysis of the legal protection of transsexual persons in Italian prison system through a critical discussion of the National rules and practices. While illustrating the legal protection of incarcerated transsexual persons, this study seeks to determine whether or not the rights and freedoms of transgender persons are effectively protected, and under which conditions. The paper addresses the following questions: what protection emerges from the analysis of the prisons system regarding transgender persons? To what extent and in what ways do transgender persons are effectively protected during the detention? It is argued that Italian prison system presents several limitations with regard to transgender persons, in particular, regarding persons who are 'transitioning'. Considering the limited protection of incarcerated transgender persons under the Italian prison system, the need to ensure full protection emerges with the necessity to find a solution more appropriate to the specificity of situation which could guarantee the fully protection of health and individual rights and freedom.*

\* Ricercatrice t.d. di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

L'autrice desidera ringraziare sentitamente Elena Pucci per i preziosi suggerimenti e l'attenta rilettura del presente lavoro e i referee per gli spunti offerti.

Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

## 1. Introduzione al tema

Il presente lavoro intende analizzare il tema della reclusione delle persone transgeneri, in particolare approfondendo i profili critici generati dalle prassi e dal quadro normativo vigente che implicitamente presuppongono il dualismo di genere, dunque l'univocità dell'assegnazione di una persona all'una o all'altra delle categorie sessuate, convenzionalmente nominate come maschile e femminile.

Per le persone transessuali, la situazione di privazione della libertà personale mostra infatti profili particolarmente problematici, in primo luogo, in ragione della difficoltà di trovare una collocazione idonea in contesti spesso non adeguati e già provati dal cronico fenomeno del "sovraffollamento carcerario"<sup>1</sup> che, pure ridotto con alcuni recenti interventi legislativi<sup>2</sup>, ancora affligge il sistema penitenziario italiano. Vi è poi da considerare come la privazione della libertà personale, a prescindere da una condizione peculiare come quella transessuale, di per sé palesa un generale indebolimento delle tutele individuali, in particolare nell'ambito dei diritti sociali<sup>3</sup>.

Il tema della difficoltà per l'ordinamento di "trattare" le persone che si collocano in una situazione di frontiera rispetto all'univoca ascrizione a una delle categorie sessuate M (maschio/maschile) F (femmina/femminile), non rappresenta peraltro una esclusiva degli istituti di pena, ma si presenta in modo altrettanto problematico in tutte le istituzioni totali, come ad esempio, strutture di ricovero, ospedali ma anche case di cura, collegi, caserme. Infatti, laddove sussiste una separazione fra le persone sulla base del sesso, il criterio assunto per suddividere gli utenti o i fruitori di un servizio è spesso quello della ascrizione anagrafica, in ragione di criteri di natura sostanzialmente organizzativa. Tuttavia, tra le altre istituzioni totali, la vicenda che riguarda gli istituti di pena (casa circondariale, carcere giudiziario o carcere minorile), come peraltro i CIE (Centri di identificazione ed espulsione), appare particolarmente problematica, posto che il rigido dualismo che suddivide le persone recluse sulla base del sesso, dunque della loro assegnazione al sesso maschile o a quello femminile, come risultante dai documenti anagrafici, appare un elemento quasi imprescindibile, "incapace" di riconoscere rilievo all'identità di genere<sup>4</sup>.

Il presupposto che emerge nel contesto delle istituzioni totali organizzate secondo la ripartizione M/F attiene alla possibilità, a-criticamente assunta e non messa in discussione, di suddividere sempre e comunque gli esseri umani fra maschi e femmine e al perfetto allineamento fra l'assegnazione anagrafica che risulta dalla nascita, dunque il sesso biologico, e l'identità di genere che la persona sente come propria. Se simile criterio è plausibile per la maggior parte delle persone, si mostra però come particolarmente complesso per le persone transessuali, e in particolare per coloro che non hanno ancora intrapreso o concluso il percorso di transizione, ossia di cambiamento da un sesso all'altro, e presentano dunque un'identità anagrafica difforme rispetto all'aspetto esteriore e al proprio sentirsi uomo o donna.

Peraltro, appare evidente come rispetto a quanto si verifica per le altre istituzioni totali, le già complesse condizioni legate alla detenzione divengono ancor più complesse per le persone transessuali, con una moltiplicazione del disagio vissuto dalla persona<sup>5</sup>, come confermato da recenti studi<sup>6</sup>, oltre che da

- 1 Come ricordano Franco Corleone e Andrea Pugiotto, curatori del volume *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma, Ediesse, 2012, nell'introduzione ad esso, l'espressione "sovraffollamento" carcerario mostra tragicamente la realtà del contesto carcerario e rappresenta l'esito di una "violenza" della lingua italiana che, per trovare la parola capace di rappresentare l'enormità della vicenda, ha "dovuto" coniare un'espressione che è il "superlativo di un superlativo". Sul tema, v. E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2015; L. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2015, cap. XIII.
- 2 D.l. 23 dicembre, n. 146, conv. con modificazioni, con l. 21 febbraio 2014, n. 10, recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria».
- 3 M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2002.
- 4 Sia consentito un rinvio al mio A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, Milano, Franco Angeli, 2013; A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, Roma, Kappa, 1993. Alcune ricerche hanno messo in luce la criticità del contesto carcerario per le persone transessuali: M. Bondavalli, *La realtà trans\* in carcere*, 2014, disponibile al link: [https://www.academia.edu/10114870/La\\_realt%C3%A0\\_trans\\_in\\_carcere](https://www.academia.edu/10114870/La_realt%C3%A0_trans_in_carcere); A. Gadaleta, S. Lupo, S. Irianni (a cura di), *Il diritto alla sessualità e affettività quale diritto inviolabile del detenuto; analisi e prospettive applicative de iure condito e de iure condendo. Le affettività ristrette. Aspetti psicologici e profili operativi*, in *Identità di genere: omosessualità e transessualità nella detenzione, Le dimensioni dell'affettività - Dispense ISSP n. 3*, Ministero della giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, 2013. Specificamente rispetto alla condizione delle detenute transessuali con cittadinanza straniera, v. L. Chianura, G. Di Salvo, G. Giovanardi, *Detenute transgender clandestine negli istituti penitenziari italiani: un'indagine pilota*, in *Ecologia della Mente*, 33(2), 2010, pp. 219-238.
- 5 A. Mele, *Genere irrisolto. Transessuali e istituzioni carcerarie*, Roma, Prospettiva Editrice, 2007.
- 6 Si vedano, ad esempio, i Rapporti dell'Associazione Antigone, disponibili al sito: [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it).

alcuni fatti di cronaca<sup>7</sup>, che attestano episodi di discriminazione e violenze in ragione dell'identità di genere.

Va peraltro ammesso che la detenzione delle persone transgeneri rappresenta una realtà senz'altro numericamente contenuta, senza tuttavia che ciò possa indurre ad una sottovalutazione del suo impatto e rilievo; infatti, osservare il dato problematico della questione a partire dalla sua incidenza percentuale rispetto al totale della popolazione detenuta potrebbe aprire al rischio di sottovalutarne l'impatto sia nella sua prospettiva pratica, cioè quanto alla vivibilità delle condizioni carcerarie, sia in chiave teorica, per quanto riguarda la tutela e garanzia dei diritti delle persone transessuali recluse. Ad ogni modo, può essere utile ricordare che al settembre 2013, i dati del Dipartimento amministrazione penitenziaria (d'ora in avanti, D.A.P.) indicano in 69 le persone transessuali recluse a fronte di una popolazione carceraria pari a 52.000 persone circa (0,13%)<sup>8</sup>. All'incirca, dunque, il dato percentuale sembra corrispondere all'incidenza statistica complessiva della popolazione transessuale rispetto alla popolazione *cisgender*<sup>9</sup> e appare dunque verosimile. Tuttavia, appare altresì plausibile che la presenza delle persone transessuali negli istituti di pena italiani sia più elevata, anche in ragione del fatto che sfuggono alle statistiche sia coloro che non hanno ancora intrapreso un percorso "istituzionalizzato" di transizione, sia le persone travestite<sup>10</sup>; peraltro, le statistiche non considerano neppure le persone che si sono già sottoposte all'operazione di modifica dei caratteri sessuali e che hanno completato il percorso di riassegnazione anagrafica del sesso: queste, infatti, al momento della reclusione vengono destinate alle sezioni maschili o femminili, in accordo a quanto risulta dal documento anagrafico e senza che emerga in alcun modo la condizione transessuale.

## 2. Le criticità della condizione transgenere nel contesto carcerario: le prassi e le normative di riferimento

La reclusione delle persone transgeneri rappresenta un momento problematico sia in ragione del quadro normativo di riferimento che, nel presupporre acriticamente, l'univoca ascrizione all'uno o all'altro sesso, mostra difficoltà nel "trattare" coloro che non rientrano nel binarismo che suddivide ogni persona tra maschile e femminile, sia in nome delle prassi in uso presso gli istituti di pena che delineano un quadro critico della fase detentiva per le persone trans. A livello normativo, occorre tenere conto del composito quadro di norme che regolano la vita all'interno degli istituti di detenzione in Italia, dunque principalmente alla legge sull'Ordinamento penitenziario<sup>11</sup> e al suo regolamento di esecuzione<sup>12</sup>, senza

7 Vedi quanto riportato dai siti: <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti/milano-poliziotti-penitenziari-rinviati-a-giudizio-per-violenze-sessuali-a-detenuti-transessuali>; <http://www.diritto.net/psicogiuridico/11189-stuprano-detenuti-trans-agenti-a-giudizio.html>; <http://articolotrepalermo.blogspot.com/2011/03/linferno-infinito-abusi-su-un-trans-nel.html>. Recentemente, rispetto alla collocazione nei CIE, v. <http://www.ilfattoquotidiano.it/2017/03/18/brindisi-trans-chiusa-nel-reparto-maschile-del-cie-mi-hanno-detto-tammazziamo-dormo-sotto-le-telecamere-per-paura/3460834/>.

8 Il numero di presenze delle persone transessuali in carcere ovviamente è caratterizzato da una sensibile variabilità. Nella consapevolezza della complessità del tema, nel 2010 il D.A.P. ha istituito un gruppo di lavoro denominato P.E.A. n. 19 (Programma Esecutivo d'Azione) sul tema della detenzione della persona transessuale a cui hanno preso parte esperti interni (funzionari centrali e rappresentanti delle direzioni di istituti interessati alla detenzione di persone transessuali) ed esterni (Luca Chianura e Carmen Bertolazzi), con l'obiettivo di individuare le criticità esistenti e le possibili soluzioni. Nell'ambito della cosiddetta Strategia nazionale volta al contrasto delle discriminazioni contro le persone LGBT, l'Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali, UNAR, ha finanziato un *Progetto pilota volto a migliorare le condizioni delle persone LGBT nelle carceri, con particolare attenzione alle persone transgender, attraverso attività di informazione, sensibilizzazione e formazione del personale dell'amministrazione penitenziaria e della popolazione carceraria sulle tematiche LGBT* (2013).

9 O Cis-genere in italiano, è un termine utilizzato per descrivere persone che si sentono a proprio agio con il genere assegnato alla nascita e che non manifestano disforia di genere, agendo ruoli di genere considerati appropriati (quantomeno in termini statistici) per il proprio genere; termine a complemento (non in opposizione) a *transgender* o transgenere.

10 Sul punto, non vi sono precisazioni nelle statistiche ufficiali, per cui è soltanto possibile ipotizzare tale riflessione, a partire dai rapporti non ufficiali prodotti dalle associazioni che si occupano del tema e dal dato esperienziale che emerge.

11 L. 26 luglio 1975, n. 354 recante «Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà», d'ora in avanti, o.p.

12 D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 recante «Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà».



tuttavia dimenticare che vi sono una serie di regole fissate mediante atti di natura di regolamentare<sup>13</sup>, tra cui i regolamenti interni di cui sono provvisti tutti gli istituti di pena. Per quanto riguarda le prassi, una mappatura appare difficile, posto che ogni struttura di pena presenta proprie peculiarità che rendono possibile soltanto restituire un quadro di insieme.

## 2.1. La collocazione delle persone transessuali all'atto della reclusione

Il primo elemento problematico che emerge nell'affrontare il tema della condizione transessuale in carcere riguarda la difficoltà di collocare le persone che non hanno iniziato o concluso il percorso di transizione, posto che gli istituti di pena sono contesti rigidamente organizzati e strutturati sul dimorfismo sessuale e sul dualismo in base al quale ogni persona è iscritta a una delle categorie sessuate nominate come M (maschio) o come F (femmina)<sup>14</sup>.

Peraltro, è la stessa normativa a prevedere un sistema di separazione sulla base del sesso; infatti, sia l'ordinamento penitenziario<sup>15</sup>, sia le Regole Penitenziarie Europee impongono che la reclusione avvenga in istituti o in sezioni separate per uomini e donne<sup>16</sup>.

Posta la separazione sulla base del sesso, il valutare l'appartenenza sessuale rispetto a quanto risultante dai documenti anagrafici, senza considerazione alcuna del genere e dell'aspetto esteriore, appare un dato che certamente penalizza le persone transessuali, ponendo a rischio il rispetto della *privacy*, oltre che della dignità e spesso della stessa incolumità della persona. Tuttavia, posto che la *ratio* della normativa è da ricondurre alla tutela della riservatezza della persona reclusa, appare discutibile che non venga affatto considerato come non sia appropriata una convivenza fra una donna transessuale (MtF, *Male To Female*) e detenuti maschi, come pure la presenza di un detenuto transessuale FtM (*Female to Male*), all'interno di una sezione femminile. Infatti, la tutela della riservatezza e della dignità della persona umana coinvolta nella detenzione potrebbe indurre a concepire soluzioni alternative.

Nella pratica, le difficoltà oggettive determinate dall'incerto inquadramento di alcune persone come maschi o come femmine all'atto della reclusione sono risolte sostanzialmente in due modi. Da un lato, si scorge l'attaccamento al formalismo per cui si segue rigidamente l'assegnazione anagrafica, con situazioni paradossali e dubbie sotto il profilo del rispetto della dignità. Così, coloro che non hanno ancora concluso (o iniziato) il percorso di transizione vengono di norma assegnati alle sezioni sulla base del sesso anagrafico risultante dai documenti di identità, senza considerare il genere e l'identità di genere percepita dalla persona e con una soluzione che certamente mette in tensione il rispetto della dignità umana della persona in stato di privazione della libertà. Si pensi, ad esempio, al caso di una donna transessuale (MtF), anagraficamente uomo ma di aspetto femminile, che venga reclusa nel reparto maschile di un istituto di pena (o comunque in un istituto di pena); in senso inverso, si pensi a un uomo transessuale, FtM, anagraficamente donna, che venga detenuto in una sezione carceraria femminile. Entrambe le situazioni genererebbero quanto meno imbarazzo e comprometterebbero il pieno rispetto della *privacy* e forse della stessa incolumità delle persone coinvolte.

D'altro canto, vi sono (state) interessanti esperienze che sembrano riconoscere la specificità del caso concreto e che si sono indirizzate verso l'obiettivo di una più piena tutela individuale. Ad esempio, in via sperimentale, era stato avviato un progetto che prevedeva di destinare alle persone transessuali un istituto di pena *ad hoc*, in ragione della peculiarità della loro condizione che poco si prestava ad adattarsi alle regole e al contesto di una comunità reclusa rigidamente suddivisa sulla base del sesso. Il progetto, pensato tra il 2008 e il 2010 ma poi arenatosi, riguardava la casa circondariale di Pozzale, nei pressi di Empoli, in cui erano stati previsti corsi di formazione per il personale di custodia, cure ormonali libere e

13 Per il rilievo che potrebbe assumere in chiave di tutela e garanzia della specificità della condizione transessuale, nel periodo di detenzione, si veda la *Carta dei diritti e doveri dei detenuti e degli internati* il cui contenuto è fissato nel D.P.R. 5 giugno 2012, n. 136 che ha modificato il D.P.R. 30 giugno 2000, n. 203 v. [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/carta\\_diritti\\_detenuto.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/carta_diritti_detenuto.pdf).

14 A. Hochdorn, P. Cottone, B.V. Camargo, B. Berri, *One context, two Sexes & three Genders: Discursive positioning of Brazilian trans-prisoners in Italian jails*, in *Celebrating 70 years of Working Towards Health, Peace and Social Justice*, A. Guil A., Comunian A. L., O'Roark A. (a cura di), Sevilla, ArCiBel Publisher, 2015, pp. 125-139; V. Jenness, S. Fenstermaker S., *Agnes Goes to Prison: Gender Authenticity, Transgender Inmates in Prisons for Men, and Pursuit of "The Real Deal"*, in *Gender & Society*, 28(1), 2015, pp. 5-31;

15 V. art. 14, co. 5, o.p.

16 Le Regole Penitenziarie Europee, in particolare, nel collegare il tema alla dignità della persona, chiedono di tenere conto della necessità di separare i detenuti maschi dalle detenute femmine, salvo deroghe disposte nell'interesse di tutte le persone recluse, e di garantire la *privacy* nell'accesso ai servizi igienici (Regole nn. 18 e 19).

possibilità ricreative per le persone recluse<sup>17</sup>. Questa soluzione era stata pensata al di fine di riconoscere la peculiarità della condizione detentiva delle persone transgeneri, sebbene da subito ne erano stati palesati i possibili rischi, da un lato, quanto ad una visione quasi ghetizzante e ghetizzata delle persone transessuali recluse, rispetto alla restante parte della popolazione detenuta, dall'altro, negli aspetti pratici che ne sarebbero seguiti in maniera ineludibile; infatti, per molte persone recluse, la destinazione a questo istituto avrebbe significato l'espiazione della pena in un luogo distante dalla propria residenza, con difficoltà aggiuntive nel mantenere contatti con la propria famiglia e con la sfera affettiva e sociale di provenienza, di fatto rendendo più complesso il mantenimento della rete di relazioni che agevola anche le possibilità occupazionali<sup>18</sup>.

Una ulteriore soluzione che mira a tenere conto della specificità della condizione transessuale nella detenzione è la previsione, in alcune strutture penitenziarie, di sezioni riservate<sup>19</sup>, così da evitare una convivenza spesso segnalata come problematica e a forte rischio di violenze. Non è tuttavia senza criticità che le sezioni speciali per le detenute transessuali siano state realizzate all'interno di istituti di detenzione maschile<sup>20</sup>, comunque generando situazioni di dubbio rispetto per la *privacy*, posto che, ad esempio, il personale in servizio è (ovviamente) maschile.

In materia di collocazione, è importante ricordare la normativa penitenziaria che fa riferimento al tema della protezione da violenze delle persone recluse e chiede di garantire la «collocazione più idonea di quei detenuti ed internati per i quali si possano temere aggressioni o sopraffazioni da parte dei compagni»<sup>21</sup>; simile previsione, certamente si presta ad una applicazione rispetto alle persone transessuali, posto che si tratta di una condizione personale a forte rischio di violenze e soprusi nel contesto carcerario<sup>22</sup>. Peraltro, l'assegnazione che viene effettuata al momento di ingresso negli istituti di pena non dovrebbe comunque considerarsi definitiva, posto che «deve essere frequentemente riesaminata» per verificare il permanere delle ragioni della separazione dalla comunità<sup>23</sup>. Anche rispetto a questa normativa, va segnalato il rischio di penalizzare irragionevolmente la condizione transessuale, posto che «l'idoneità della collocazione» cui la normativa fa riferimento viene per lo più valutata assumendo come centrale l'obiettivo di mantenere l'ordine all'interno della struttura penitenziaria, e non invece la persona e le sue esigenze, che vengono in qualche modo subordinate a ragioni di natura organizzativa.

È poi rilevante notare che alle persone transessuali viene applicata una circolare del Dipartimento amministrazione penitenziaria che le colloca nelle sezioni cd. «protette» «destinate al contenimento di soggetti che hanno il divieto di incontro con la restante popolazione detenuta per condizioni personali ovvero per ragioni detentive e/o processuali»<sup>24</sup>. Questo aspetto è oggetto di pareri contrastanti in quanto, in nome di obiettivi di tutela della condizione personale vissuta, genera un aggravio nel regime di espiazione della pena.

Spesso accade poi che le detenute transessuali, anagraficamente considerate uomini e dunque recluse in istituti maschili, vengano sottoposte ad un regime particolare di sorveglianza, come previsto per «i condannati, gli internati e gli imputati che con il loro comportamento compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti; che con la violenza o minaccia impediscono le attività di altri detenuti o internati; che nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti

17 V. le notizie sul quotidiano La Stampa, <http://www.lastampa.it/2010/01/27/italia/cronache/a-empoli-nasce-il-carcere-per-i-trans-Py9nctoEqVxZiO0jWucpNL/pagina.html>.

18 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere: la costruzione discorsiva della violenza di genere nel sistema penitenziario italiano*/Effects of agency on gender identity: discursive construction of gender violence within italian prisons, in *Rivista di Sessuologia*, 36(2-3), 2012, pp. 141-162.

19 Queste sono ad esempio, le strutture di Belluno, Bollate, San Vittore, Poggioreale, Rebibbia, Rimini, ma anche il CIE di Milano.

20 Così, ad esempio, la Casa circondariale maschile di Rebibbia-Roma.

21 V. art. 32, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

22 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere*, cit., pp. 141-162. Il tema del rischio di violenza (di genere) contro le detenute transessuali è ben presente nella letteratura specialistica: A. Hochdorn, P. Cottone, B.V. Camargo, B. Berri, *Genderized words in affective worlds: Can experiences and relations prevent (trans)gender-based violence in prison?*, in *La camera blu. Journal of Gender Studies*, 10(11), 2014, pp. 129-145. Sia pure in termini non tecnici, v. il volume *Princesa*, F. Farias de Albuquerque, M. Jannelli (a cura di), Roma, Sensibili alle foglie, 1994) che ha ampiamente trattato le difficoltà della condizione transessuale.

23 V. art. 32, D.P.R. 30 giugno 2000, n. 230.

24 Circolare D.A.P. n. 500422 del maggio 2001, avente ad oggetto «Sezioni c.d. "protette". Criteri di assegnazione dei detenuti», disponibile in [http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ\\_6/500422.pdf](http://win.dirittopenitenziario.it/portale-di-scienze-penitenziarie/circolari/circ_6/500422.pdf).

nei loro confronti»<sup>25</sup>. Nella pratica, questo regime di particolare sorveglianza, che si traduce in un isolamento dalle altre persone reclusi e che non può essere applicato per un periodo superiore ai sei mesi (prorogabile anche più volte in misura non superiore ogni volta a tre mesi), produce l'ulteriore effetto di precludere le attività lavorative e ricreative previste durante la detenzione. Ciò però comporta non solo un impedimento, ad esempio, nell'accesso alle possibilità di guadagno che, attraverso l'attività lavorativa intra muraria, possono essere riconosciute alle persone detenute, ma anche la compromissione di quel percorso rieducativo della pena che l'art. 27, comma 3 della Costituzione fissa come paradigma inderogabile dell'espiazione<sup>26</sup>. L'aspetto paradossale di questo approccio risiede nel fatto che genera un regime di detenzione aggravata e particolarmente opprimente non in ragione di un'azione compiuta o del mancato rispetto delle regole penitenziarie, ma in quanto la condizione transessuale è ritenuta causa potenziale di rischio a seguito di comportamenti altrui e/o dell'inadeguatezza strutturale degli istituti di pena<sup>27</sup>.

Inoltre, sebbene spesso le persone transessuali vengano reclusi per reati legati allo spaccio di stupefacenti o alla prostituzione, in nome della sicurezza interna e della persona stessa, sono spesso destinate verso le sezioni riservate ai cosiddetti *sex offenders* (ossia alle persone reclusi per reati di natura sessuale), con uno stigma che appare irragionevole e che, nel caso di specie, prescinde totalmente dal tipo di reato commesso (o per il quale si è imputati). Al contrario, questo approccio sembra quasi far dipendere le modalità di espiazione della pena da una caratteristica personale, con il rischio di essenzializzare, quasi di "schiacciare" la persona transessuale sulla propria condizione. Peraltro, non è da sottovalutare come spesso le motivazioni addotte per giustificare l'assegnazione della persona ad un reparto appaiano apodittiche e non motivate, aprendo un varco al dispiegarsi di un margine di discrezionalità i cui confini con l'arbitrio sembrano sfumarsi.

Vi sono infine numerosi casi nei quali, non ritenendosi l'istituto di pena adeguato alle esigenze peculiari delle persone transessuali, all'atto di reclusione la persona viene tradotta verso strutture ritenute in grado di fornire una accoglienza appropriata, ma talvolta geograficamente molto distanti dal proprio domicilio, ponendo tuttavia seri ostacoli al mantenimento dei legami familiari e affettivi, nonché con la realtà extra carceraria di provenienza. Questo elemento è rilevante, anche rispetto all'attivazione di possibilità occupazionali extra murarie, che certamente possono essere agevolate se la persona permane nella zona in cui viveva da libera.

## 2.2. La salute reclusa

Il diritto alla salute si inserisce con forza nel binomio carcere e transessualità<sup>28</sup>, avuto riguardo alle prassi e alle norme che regolano il percorso di transizione dal primo accesso ai consultori e ai centri di sostegno in cui si avvia il percorso, sino all'intervento di riassegnazione del sesso anatomico e alla modifica anagrafica dell'attribuzione di sesso. In termini generali, occorre considerare come il tema della salute all'interno delle carceri richieda una verifica circa l'ampiezza nella tutela di un diritto costituzionalmente garantito dall'art. 32 Cost. anche (e anzi, forse, *soprattutto*) alle persone reclusi<sup>29</sup>, rispetto alle specificità richieste o imposte dallo stato di privazione della libertà personale<sup>30</sup>; parimenti rispetto ai limiti astrattamente imponibili in nome dell'ordine interno, della sicurezza, dell'interesse della comu-

25 V. art. 14-bis, L. 26 luglio 1975, n. 354.

26 Su carattere di doverosità del finalismo rieducativo, A. Pugiotto, *Quando la clessidra è senza sabbia. Ovvero: perché l'ergastolo è incostituzionale*, in F. Corleone, A. Pugiotto, *Il delitto della pena*, cit., p. 121.

27 In maniera non dissimile, si noti come gli scostamenti fra l'impianto normativo previsto e la pratica applicazione sono numerosi nel contesto carcerario. Ad esempio, il regime dell'isolamento viene "piegato" a finalità estranee alla previsione normativa e utilizzato «per indebolire la vittima, occultare prove, agire indisturbati sul corpo del detenuto». S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere. Alcune riflessioni intorno agli abusi sulle persone private della libertà*, in *Il delitto della pena*, F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), cit., p. 211.

28 R. Alexander, J.C.A. Meshelemiah, *Gender Identity Disorders in Prisons: What Are the Legal Implications for Prison Mental Health Professionals and Administrators?*, in *The Prison Journal*, 90(3), 2010, pp. 269-287.

29 M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, cit. Per un riepilogo degli atti rilevanti sul tema, v. <http://www.ristretti.it/aree-studio/salute/norme/>.

30 La specificità del contesto carcerario rispetto al tema della salute è ben presente nella letteratura sul tema. V. A. Lehtmetts, J. Pont, *Prison health care and medical ethics. A manual for health-care workers and other prison staff with responsibility for prisoners' well-being*, Council of Europe, 2014. S. Enggist, L. Moller, G. Galea, C. Udesen, *Prison and Health*, World Health Organization, 2014, in cui peraltro si fa espresso riferimento alle persone detenute transessuali, includendole nei detenuti con specifici bisogni. Peraltro, appare altresì significativo come in Italia, proprio in ragione della consapevolezza della peculiarità del tema, è nata la Società Italiana di Medicina e Sanità Penitenziaria (SIMSPE Onlus).

nità carceraria, della salute del detenuto stesso e, non da ultimo, di ragioni finanziarie, che chiamano in causa i tetti di spesa spesso imposti alle istituzioni penitenziarie<sup>31</sup>.

Anche una serie di documenti internazionali, prevalentemente di *soft law*, impone di trattare le persone recluse nel rispetto della dignità e vieta discriminazioni fondate sulla propria condizione personale anche nell'accesso alla salute<sup>32</sup>. Viene così affermato che gli Stati devono verificare la compatibilità delle condizioni detentive di ogni detenuto con il rispetto della dignità umana, nonché la garanzia della salute e del benessere del detenuto e assicurare che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad un disagio o ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza che la detenzione arreca<sup>33</sup>.

A livello di normazione di rango primario, è significativo ricordare come la riforma dell'ordinamento penitenziario, risalente al 1975 – non a caso definito “l'anno zero” in materia<sup>34</sup> – colloca la figura del detenuto al centro del sistema penal-punitivo<sup>35</sup>, non più in una posizione subordinata rispetto all'amministrazione penitenziaria, anche nell'ambito della salute. L'erogazione di servizi sanitari per le persone detenute è così prevista «alla pari dei cittadini in stato di libertà», per quanto riguarda la prevenzione, la diagnosi, la cura e la riabilitazione<sup>36</sup>; viene inoltre riconosciuto un servizio medico e farmaceutico adeguato alle esigenze di prevenzione, profilassi e cura (art. 11, co. 1, o.p.) e prevista la possibilità del “trasferimento” del detenuto in ospedali civili o in altri luoghi, su indicazione del magistrato di sorveglianza, qualora siano necessarie cure o accertamenti diagnostici che non possono essere apprestati dai servizi interni (art. 11, co. 2, o.p.).

Nella prassi, indipendentemente dalle richieste e dalla loro necessità, all'ingresso in istituto e successivamente a intervalli regolari, i detenuti sono sottoposti a visita medica generale (art. 11, co. 5, o.p.), con la possibilità di avvalersi, a proprie spese, di un sanitario di fiducia (art. 11, co. 11, o.p.).

Anche le Regole Penitenziarie Europee impongono alle autorità penitenziarie di preservare la tutela della salute dei detenuti (parte III del Regolamento): considerando che la condizione transessuale è ancora classificata come patologia mentale<sup>37</sup>, va anche ricordata la regola per cui «devono essere dispo-

31 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, L. Chieffi (a cura di), Udine, Mimesis, 2012, p. 60; Id., *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011; sia pure rispetto al tema specifico della contenzione ma con considerazione valide anche alla presente riflessione, v. M. Massa, *La contenzione. Profili costituzionali: diritti e libertà*, in *Il nodo della contenzione. Diritto, psichiatria e dignità della persona*, S. Rossi, (a cura di), Alphabeta Verlag, Merano, 2015, pp. 81-117. Il carattere altamente problematico del tema della salute in carcere è ben presente nel dibattito contemporaneo, tanto da essere oggetto specifico di uno dei tavoli tematici degli “Stati generali dell'esecuzione penale” (Tavolo 10 su “Salute e disagio psichico”), D.m. 8 maggio 2015 e D.m. 9 giugno 2015 di costituzione e integrazione del Comitato degli esperti. V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_1.page?sessionId=k7DFK00snsHrAnCK-zqaAqx+?previousPage=mg\\_2\\_19](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1.page?sessionId=k7DFK00snsHrAnCK-zqaAqx+?previousPage=mg_2_19). Non vi sono invece previsioni sul punto nel disegno di legge sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario; v. AS 2067, XVII Legislatura, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena».

32 Così, la Convenzione per i diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Parigi il 20 marzo 1952 (art. 3); la Risoluzione ONU del 30 agosto 1955, recante le Regole minime per il trattamento dei detenuti, che impone il divieto di discriminazione nel trattamento dei detenuti «in base a pregiudizi, specialmente di razza, di colore, di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche o di altro genere, di origine nazionale o sociale, di fortuna, di nascita o di qualsiasi altra situazione» (art. 6.1); il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici firmato a New York il 16 dicembre 1966, secondo cui «ogni individuo privato della propria libertà personale deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente la persona umana» (art. 10), sino alla più recente Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza sovranazionale che vieta condizioni detentive inumane e degradanti. Corte Edu, *Saadi c/Italia*, n. 37201/06, § 127, 28 febbraio 2008 e Corte Edu, *Labita c/Italia*, n. 26772/95, § 119, 2000 – IV.

33 Corte Edu, *Kudla c/Polonia*, n. 30210/96, § 2000-XI.

34 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit., pp. 59-60, che richiama il lavoro di G. Neppi Modona, *Ordinamento penitenziario*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, IX, Torino, UTET, 1995, pp. 43 ss.; S. Anastasia, *Metamorfosi penitenziarie. Carcere, pena e mutamento sociale*, Roma, Ediesse, 2013; F. Fiorentin, *I detenuti, I nuovi danni alla persona. I soggetti deboli*, in P. Cendon, S. Rossi (a cura di), Padova, Cedam, II, 2013, pp. 665-728.

35 Art. 1, 1° co., o.p. Tuttavia, occorre ammettere che, nella prassi, il previsto «trattamento individualizzato» si trasforma spesso in rigide classificazioni e in “circuiti differenziati” che negano ad una serie di “categorie” di detenuti una possibile evoluzione trattamentale e l'accesso a quei diritti fondamentali su cui la Corte costituzionale ha più volte richiamato l'attenzione. V. ad es. art. 14 o.p. che nella rubrica parla di “categorie di detenuti”.

36 V. art. 1, co. 1., D. lgs. 22 giugno 1999, n. 230, «Riordino della medicina penitenziaria, a norma dell'articolo 5 della legge 30 novembre 1998, n. 419».

37 Come noto, infatti, da un punto di vista medico-sanitario, questa condizione è considerata una patologia, in particolare quale sindrome di natura psichiatrica, a partire dalla III edizione del Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali, elaborato dall'American Psychiatric Association (1980). Definita in un primo momento come “disturbo dell'identità di genere” (DIG),



nibili degli istituti specializzati o delle sezioni specializzate, posti sotto il controllo medico, per l'osservazione e la cura di detenuti affetti da disturbi o anormalità mentali» (Regola 47).

Sebbene scontino frequenti eccezioni nella pratica<sup>38</sup>, simili garanzie sono radicate nella normativa interna e sovranazionale e dovrebbero essere dotate di effettività anche rispetto alle esigenze delle persone transessuali e al percorso di modifica del sesso garantito per via legislativa quale proiezione del diritto costituzionale alla salute<sup>39</sup>.

Posto che ogni ASL, oggi ATS, deve adottare una «Carta dei servizi dei detenuti», da predisporre consultando gli stessi detenuti e le associazioni di volontariato per la tutela dei diritti dei cittadini, sarebbe anche di rilievo che si tenesse in adeguata considerazione la condizione peculiare che le persone transessuali si trovano a vivere nell'eventualità della privazione della libertà personale.

A confermare la centralità della persona detenuta nel contesto dell'ordinamento penitenziario vi sono poi altre previsioni che, ad esempio, impongono una visita obbligatoria all'ingresso in istituto (art. 11, co. 6, o.p.) per «riscontrare che il soggetto non abbia subito lesioni o maltrattamenti nella fase della cattura e delle attività di polizia» o al fine di «rilevare cause influenti ai fini del rinvio dell'esecuzione della pena»<sup>40</sup>. Così, anche la previsione del regime di isolamento per i detenuti sospettati o riconosciuti affetti da malattia contagiosa (art. 11, co. 7, o.p.) varrebbe ad assicurare il diritto alla salute inteso in una accezione che vi include l'interesse dell'intera collettività carceraria. Anche il rifiuto di cure e trattamenti sanitari rientra in quel «residuo»<sup>41</sup> di libertà che il detenuto mantiene e che si affievolisce soltanto laddove vi sia l'esigenza di non compromettere la salute della comunità carceraria<sup>42</sup>.

Ad eccezione di questa ipotesi, non dovrebbe legittimarsi alcuna limitazione fondata su generiche e non dimostrate «esigenze di sicurezza» che, al più, potrebbero incidere sulle modalità del trattamento sanitario, ma non sulla sua concreta fruizione, nei termini di valutazione della proporzionalità<sup>43</sup>.

La questione della salute della persona transessuale reclusa viene in causa anche rispetto alla determinazione delle situazioni di incompatibilità con la detenzione, che possono determinare il rinvio dell'esecuzione della pena da parte del tribunale di sorveglianza<sup>44</sup>. Infatti, l'ordinamento interno prevede questa possibilità nei confronti di chi si trovi in condizione di grave infermità fisica che, ad esempio, viene spesso invocata nel caso di persone reclusi affetti dal virus dell'HIV<sup>45</sup>. In questi casi, il Tribunale di sorveglianza competente deve accertare l'incompatibilità con il regime detentivo ordinario, tenendo conto di una serie di fattori documentati nella relazione sanitaria del personale specialistico e nella perizia medico-legale; tra questi vi sono l'entità della patologia e la possibilità di giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono apprestati nelle istituzioni mediche esistenti presso il carcere. Andrebbe per ciò considerato come anche per le persone transessuali, considerate affette dalla

---

nell'ultima edizione del DSM è stata riclassificata come «disforia di genere» (DSM5, del maggio 2013) e inquadrata non più fra le parafilie, ma fra i disturbi di tipo ansigeno. Alla differente classificazione, tuttavia, non ha corrisposto alcuna modifica del trattamento clinico della condizione transessuale all'interno degli istituti di pena, rigidamente ancorati al già evidenziato binarismo maschio/femmina, che sembra in qualche modo ammettere una sorta di potenziale «destabilizzante» dei soggetti transessuali rispetto al «normale» svolgimento della vita e delle prassi carcerarie. Peraltro, neppure nelle prassi mediche e nell'applicazione pratica è stato recepito il nuovo inquadramento, previsto nel DSM5, per coloro che stanno vivendo secondo il genere desiderato, senza aver eseguito l'intervento di riassegnazione chirurgica di sesso.

38 Il tema della garanzia della salute nel corso della detenzione appare problematico, come mostrano, M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit., M.L. Fadda, *La tutela del diritto alla salute dei detenuti*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2012, 2, pp. 613 ss.; L. Baccaro, *Carcere e salute*, Padova, Edizioni Sapere, 2003.

39 V. L. 14 aprile 1982, n. 164, «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», su cui v. B. Pezzini, *Transessualismo, salute e identità sessuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 1984, 465; A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., in particolare pp. 49 ss. Dovranno pertanto essere seguiti i criteri fissati nei protocolli, come lo *Standard of Care del WPATH* – World Professional Association for Transgender Health.

40 M. Ruotolo, *Salute e carcere*, cit.

41 V. Corte costituzionale, sentenza del 28 luglio 1993, n. 349: «la sanzione detentiva non può comportare una totale e assoluta privazione della libertà della persona» in quanto «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua libertà individuale».

42 Così, ha riconosciuto la Corte costituzionale nelle pronunce del 23 giugno 1994, n. 258 e del 20 dicembre 1996, n. 399.

43 Tuttavia, C. Colapietro, *Divieti di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. La condizione dei carcerati, Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, in C. Calvieri (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006, p. 264.

44 A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 207-208.

45 V. art. 147, 1° co., n. 2, c.p.



patologia di natura psichiatrica denominata disforia di genere<sup>46</sup>, potrebbe forse ammettersi la possibilità di rinviare l'espiazione della pena qualora, come spesso accade, l'istituto penitenziario non sia nelle condizioni di garantire una detenzione rispettosa della peculiare condizione o comunque un adeguato sostegno socio-sanitario e/o chirurgico. Se, in generale, potrebbero condividersi le perplessità circa l'inquadramento della condizione transgenere fra le psico-patologie, nel caso specifico della detenzione, occorre ammettere che si tratta di una condizione di rilievo, posto che dovrebbe consentire la piena fruizione della terapia ormonale e della psicoterapia (o del *counseling*) per supportare la transizione. Questa soluzione si porrebbe peraltro in linea con quanto proposto nell'ambito degli "Stati generali sull'esecuzione penale", in particolare in seno al Tavolo tematico su "Salute e disagio psichico", nel quale è emersa l'assenza di ragioni per tracciare una così profonda differenza di trattamento fra patologie fisiche e patologie di natura psichica<sup>47</sup>. Analogamente dovrebbe ritenersi quanto alla possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione, prevista per soggetti affetti da Aids conclamata o da grave deficienza immunitaria e di soggetti affetti da disturbo psichiatrico con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento (art. 47-*quater* o.p.)<sup>48</sup>.

In termini più generali, il tema impone altresì un richiamo al diritto ad un ambiente salubre, oggetto di numerose disposizioni europee, ad esempio rispetto alla necessità di uno spazio minimo vitale<sup>49</sup>, in cui si fa riferimento all'*obbligo* per le amministrazioni penitenziarie di alloggiare i detenuti in celle singole, salvo casi particolari; sono altresì presenti indicazioni precise circa l'ampiezza, l'areazione, l'illuminazione, le condizioni igieniche che non sempre trovano riscontro nella realtà carceraria<sup>50</sup>. A livello interno, sono previste alcune garanzie, che tuttavia la pratica spesso mostra di disattendere, tanto da indurre taluno a configurare il carcere come condizione ai limiti della tortura<sup>51</sup>. Appare evidente come la già ricordata condizione di sovraffollamento carcerario si traduca in un aggravio ulteriore per la persona transessuale che, vivendo una vicenda personale di per sé complessa, si trova a dover dividere spazi assai ristretti con persone di genere opposto a quello percepito.

Sono inoltre da ricordare le numerose circolari emanate dalla Direzione generale degli istituti di prevenzione e pena che riguardano anche la gestione concreta della salute della persona reclusa<sup>52</sup>.

46 Per un dettaglio sul tema, v. nota 37 del presente lavoro.

47 Tra le proposte emerse nell'ambito del Tavolo tematico sulla salute e sul disagio psichico, vi è infatti l'estensione anche della grave infermità psichica quale elemento che può condurre al rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena (Proposta 3). V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_2\\_19\\_1\\_10.page?previousPage=mg\\_2\\_19\\_1](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_19_1_10.page?previousPage=mg_2_19_1). Non vi sono invece previsioni in tal senso nel disegno di legge sulla Riforma dell'ordinamento penitenziario; v. AS 2067, XVII Legislatura, «Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per l'effettività rieducativa della pena». Occorre dunque interrogarsi se sia possibile intendere la disforia di genere quale forma di "grave infermità".

48 Anche in questo caso, si segnala che nell'ambito degli Stati generali dell'esecuzione penali, nel sottolineare la necessità di individuare delle misure specifiche di esecuzione penale esterna per soggetti portatori di infermità psichica, è emersa la proposta di inserimento di un comma 1-*bis* così formulato «Le misure previste dagli articoli 47 e 47-ter possono essere applicate, anche oltre i limiti di pena ivi previsti...nei confronti di coloro che sono affetti da disturbi psichiatrici con compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento che hanno in corso o intendono intraprendere un programma terapeutico riabilitativo». In chiave di coordinamento con la previsione per cui è prevista l'applicazione della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, co. 1, lett. c) con pene inferiori ad anni 4 in caso di «persone in condizioni di salute particolarmente gravi che richiedono costanti contatti con i presidi territoriali», si è proposto di l'inserimento di un co. 1-ter così formulato «In caso di richiesta ex art. 147 c.p. per grave infermità psichica la detenzione domiciliare viene disposta ai sensi dell'art. 47 quater comma 2-*bis*» (Proposta 3).

Il presupposto dell'individuazione dei destinatari della misura alternativa nei soggetti portatori di patologia psichiatrica con una compromissione del funzionamento psichico e dell'adattamento è da ricondurre all'efficacia nulla o scarsa degli interventi terapeutici-riabilitativi eventualmente erogabili all'interno del carcere; si tratta di persone rispetto alle quali appare necessaria e auspicabile l'applicazione di una misura alternativa correlata da prescrizioni terapeutiche e riabilitative formulate attraverso un programma terapeutico riabilitativo individuale, realizzato in sinergia con i servizi psichiatrici e sociali del territorio di appartenenza e finalizzate alla cura e al reinserimento sociale della persona.

49 Raccomandazione, R (2006)2, parte II.

50 Come ricorda A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), p. 3, lo spazio minimo vitale ha visto una progressiva erosione.

51 Si veda ancora la Sentenza della Corte europea dei diritti umani, 8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, ma anche i numerosi rapporti delle Associazioni, tra cui ad esempio, Antigone ([www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it)).

52 Reperibili sul sito del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria.

L'affermazione del principio generale che, tanto a livello interno, quanto sovranazionale, tutela l'integrità psico-fisica del detenuto e il suo diritto ad un ambiente salubre si scontra con la situazione di fatto che vede un quadro per molti versi compromesso dalla vetustà di molte strutture e dalla loro inadeguatezza, con l'effetto di penalizzare le persone transessuali in termini proporzionalmente maggiori.

La sistematica non applicazione o manipolazione delle norme<sup>53</sup> e la legalizzazione di una prassi da più parti considerata ai limiti della legittimità<sup>54</sup> producono l'effetto di normalizzare la situazione di critico sovraffollamento delle carceri italiane (e di costante compromissione della dignità umana). Anche se lo Stato italiano si è a lungo mostrato sordo ai richiami da più parti provenienti<sup>55</sup> e alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>56</sup>, di recente è stato approvato un testo normativo<sup>57</sup> teso al superamento della situazione critica, stigmatizzata peraltro anche dalla Corte costituzionale<sup>58</sup>, ponendo una prima risposta alla annosa vicenda del sovraffollamento.

Al di là delle implicazioni di carattere teorico circa il senso di umanità della pena e il divieto di trattamenti inumani e degradanti, la statistica conferma che numerose sono le patologie contratte a causa delle condizioni detentive; si tratta in gran parte di patologie di natura psichica e psichiatrica; i dati del DAP, raccolti tra il 2004 e il 2005, per quanto approssimativi, mostrano una condizione di salute buona per il 20% dei detenuti, ma mediocre e/o scadente per il 75%, con una visibile distanza rispetto ai dati della salute delle persone libere<sup>59</sup>. Appare evidente come, per le persone transessuali, la questione dell'aggravio di patologie in conseguenza della detenzione produce un effetto proporzionalmente più gravoso, posto che si tratta di una condizione personale che di per sé meriterebbe una attenta considerazione.

In aggiunta, vi è da considerare come il sovraffollamento ridonda i propri effetti sulle persone transessuali ben al di là della questione degli spazi fisici in cui si sconta la pena. Esso, infatti, mette criticamente in luce l'incapacità del sistema di fare fronte ad una presenza molto più numerosa di quanto previsto (e consentito) in chiave di garanzia di servizi sanitari (di cura e prevenzione) adeguati, con un impatto proporzionalmente maggiore per coloro che, come le persone *transgender*, risultano più bisognosi di un supporto sanitario continuo.

In generale, il tema della salute "reclusa" pone altresì in evidenza lo slittamento fra il chiaro quadro normativo di tutela e garanzia della persona reclusa e le prassi ampiamente invalse che scalfiscono la

53 F. Bricola, *Introduzione*, in *Il carcere "riformato"*, Id. (a cura di), Bologna, 1977, 9, disponibile in <http://www.costituzionalismo.it/fascicoli/38/> (2015/2).

54 Richiama alcuni drammatici episodi, S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere*, cit., p. 211.

55 Si pensi, ad esempio, alla decisa presa di posizione dell'allora Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, pubblicata in *Il delitto della pena*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, cit., pp. 253 ss.

56 Da anni, le condizioni carcerarie sono oggetto di critiche da parte del Comitato europeo per la prevenzione della tortura. Anche la Corte Edu ha qualificato il trattamento italiano come inumano e degradante (Corte Edu, 16 luglio 2009 - Ricorso n. 22635/03, *Sulejmanovic c. Italia*; ma di recente, Corte Edu, 8 gennaio 2013 - Ricorsi nn. 4357/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10, 37818/10, *Torreggiani e altri c. Italia*, con nota di F. Rimoli, *Il sovraffollamento carcerario come trattamento inumano e degradante*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 1187 ss.; F. Viganó, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di 1 anno*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013; P. Zicchittu, *Considerazioni a margine della sentenza Torreggiani c. Italia in materia di sovraffollamento delle carceri*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 161 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cassazione penale*, 2013, pp. 11 ss.; M. Montagna, *Art. 3 Cedu e sovraffollamento carcerario. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso dell'Italia*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013). Nel Libro Verde della Commissione europea sulle condizioni detentive dei paesi membri, l'Italia è seconda solo alla Bulgaria per tasso di sovraffollamento.

57 V. il D.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modificazioni dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *Diritto penale contemporaneo*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). In precedenza, v. d.l. 78/2013, conv. con legge 94/2013.

58 Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, con nota di A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 3; A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consulta on line*, [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it); E. Malfatti, *"Oltre le apparenze": Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'ineffettività dei diritti dei detenuti in carcere*, ibidem; R. Basile, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale*, ibidem. Sulle ordinanze di rimessione, v. G. Dodaro, *Il sovraffollamento delle carceri: rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 Cedu*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, pp. 428 ss.

59 V. [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_12\\_3.wp](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_12_3.wp).

posizione del singolo privato della libertà personale<sup>60</sup>. La realtà, infatti, restituisce frequenti casi di omissioni di cure e attività di prevenzione, con vistosi scostamenti dalle previsioni normative<sup>61</sup>.

A questa situazione di conflitto non è riuscito a porre rimedio il trasferimento delle funzioni al Sistema sanitario nazionale<sup>62</sup>, peraltro non ancora compiutamente realizzato<sup>63</sup>, lasciando così ampi spazi all'azione delle prassi giustificate dal rispetto di criteri astratti difficilmente accessibili e intelligibili.

Specificamente rispetto alla condizione transessuale, vanno infine ricordate le disposizioni che impongono la corrispondenza del trattamento sanitario ai particolari bisogni della personalità di ciascun detenuto (art. 13, o.p.), così come la necessità che il trattamento sia improntato ad assoluta imparzialità e non discriminazione (art. 1 o.p.). Parrebbe dunque un controsenso ammettere prassi che, in ragione dell'identità di genere, vengano a subordinare la salute della persona transessuale reclusa a esigenze ultronee, spesso non motivate ma apoditticamente riportate e non verificate, come pure non contemplare un'interpretazione della normativa vigente in modo così da renderla adeguata alla vicenda delle persone transessuali.

### 2.2.1. La complessità della condizione transgenere in carcere: la somministrazione di ormoni

Posto che al momento di ingresso in un istituto di pena, con la privazione della libertà personale, la persona vede affievolirsi la possibilità di accedere alle cure sanitarie, nella vicenda della persona transessuale le difficoltà nel garantire e tutelare la salute individuale appaiono amplificate.

Come dato di particolare interesse, è stato spesso segnalato il diniego di somministrare ormoni, che si verifica in ragione della difficoltà di riconoscere presidi medici e cure proprie di un sesso, a persone che anagraficamente appartengono all'altro sesso<sup>64</sup>. La questione non è indifferente, posto che la brusca interruzione del percorso ormonale produce effetti esiziali sulle condizioni di salute fisica e psichica delle persone transgeneri reclusi, problema che si manifesta in maniera particolarmente acuta nella fase di transito o transizione.

Sebbene in alcune strutture la spesa venga imputata al servizio sanitario, il costo della somministrazione degli ormoni, generalmente non gratuita per le persone in stato di libertà, grava di norma sulla persona detenuta durante il periodo di reclusione. Tuttavia va ricordato che, a prescindere dalla situazione reddituale della persona reclusa, l'ordinamento penitenziario prevede l'esonero dalle spese sanitarie, dunque dal pagamento del ticket, per tutto il periodo della detenzione (art. 18 o.p.)<sup>65</sup>. Dunque, vi è da ritenere che la somministrazione di ormoni alle persone transessuali potrebbe essere garantita

60 C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, A. Scalfati (a cura di), Padova, Cedam, 2004, p. 70, mette in luce l'informalità dei procedimenti previsti a tutela del diritto alla salute della persona reclusa.

61 Si pensi ai casi di cronaca divenuti di pubblico dominio a seguito del decesso delle persone reclusi.

62 Il D. lgs. 230/1999 ha fissato la decorrenza del passaggio al S.S.N. al 1° gennaio 2000.

63 Anche in questo caso, si rinvia ai rapporti dell'associazione Antigone, [www.associazioneantigone.it](http://www.associazioneantigone.it); v. anche E. Di Somma, *Le dinamiche multilivello dell'amministrazione della medicina penitenziaria nei più recenti provvedimenti di riforma* e E. Davoli, *La problematica gestione della salute del detenuto*, entrambi in *Bioetica pratica e cause di esclusione sociale*, L. Chieffi (a cura di), cit., pp. 67 ss.

64 Come emerso di recente, la questione è analogamente problematica per le persone che non vivono uno stato di privazione della libertà personale. Infatti, non soltanto una delibera dell'Agenzia del Farmaco (A.I.F.A.) ha imposto come necessaria la prescrizione della terapia ormonale da parte di uno specialista e non più di un medico generico, e stabilisce che non sia più rinnovabile (G.U. del 6 novembre 2015, serie generale n. 259, Delibera dell'Agenzia italiana del farmaco n. 1327/2015 dal titolo: «Modifica del regime di fornitura di medicinali per uso umano a base di testosterone»). Nel mese di febbraio del 2016, è poi seguita una ulteriore determinazione di A.I.F.A. che, nel riconsiderare la questione, ha ampliato il numero dei medicinali che non possono essere prescritti dal medico di base ma soltanto da uno specialista, e con ricetta sempre non ripetibile. In aggiunta, è stato però anche precisato che la prescrizione degli ormoni maschili, quelli che devono essere assunti dalle donne che stanno diventando uomini (transessuali FtM, *Female to Male*, cioè uomini transessuali), può essere indirizzata soltanto a uomini e viceversa che gli ormoni femminili di cui hanno necessità le donne transessuali durante il percorso (cioè da maschi a femmine, MtF, *Male to Female*) possono essere prescritti solo a pazienti donne (mentre invece sono anagraficamente maschi). Questo di fatto determina l'impossibilità a fruirne da parte di persone transessuali, in quanto un ragazzo trans con i documenti al femminile non può avere gli ormoni maschili di cui ha bisogno, come una ragazza trans non può avere gli ormoni femminili essendo anagraficamente uomo. V. <http://www.agenziafarmaco.gov.it/it/content/rettifica-degli-specialisti-prescrittori-dei-medicinali-contenenti-testosterone-16022016>.

65 In caso di cittadini stranieri, è previsto il mantenimento dell'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale (o l'iscrizione stessa se la persona non ne sia provvista).

a titolo gratuito, trattandosi di una cura per una patologia, ossia la disforia di genere<sup>66</sup>, da cui sono considerate affette le persone che intraprendono un percorso di cambiamento di sesso. In questo senso, si è orientata l'unica pronuncia nota resa dalla magistratura di sorveglianza che ha riconosciuto, anche durante la detenzione, un vero e proprio "diritto" a proseguire il proprio percorso ormonale; anche in assenza di una normativa regionale che ne disciplini l'erogazione e di una espressa inclusione nei Livelli Essenziali di Assistenza (cosiddetti LEA)<sup>67</sup>, la spesa è dunque da ritenersi a carico del servizio sanitario nazionale, posto che si tratta di terapie che non attengono a scelte personali, ma al diritto soggettivo alla salute. Peraltro, non sembrano esservi dubbi circa il fatto che si tratti di terapie da includere nei LEA, di cui deve essere garantita la fruizione anche (e anzi forse *soprattutto*) durante la fase della detenzione. Questione differente è invece quella relativa alla ripartizione delle relative spese fra i due diversi ministeri coinvolti (Ministero della Salute e Ministero della Giustizia) su cui possono essere registrate alcune oscillazioni.

Per ovviare ad un quadro di prassi profondamente problematico che vede la spesa imputata per lo più alla persona e posta la competenza regionale della materia sanitaria, alcune Regioni<sup>68</sup> hanno sottoscritto dei Protocolli di Intesa con i Ministeri di riferimento al fine di garantire il trattamento ormonale, anche all'interno delle strutture penitenziarie (e a carico del Sistema sanitario nazionale). Così, in alcune strutture, da anni, viene consentita la somministrazione di ormoni a titolo gratuito per coloro che hanno già intrapreso il percorso di transizione prima dell'ingresso nell'istituto di pena<sup>69</sup>. Tuttavia, questo requisito ha comunque generato l'esclusione di quanti, soprattutto di cittadinanza straniera e/o irregolarmente presenti sul territorio italiano<sup>70</sup>, non hanno intrapreso un percorso nell'ambito dei binari istituzionali (ossia, presso consultori pubblici o comunque convenzionati con il sistema sanitario pubblico), ma stanno seguendo cure ormonali nella forma dell'auto-somministrazione.

Se pure a livello teorico, non sembrerebbero esservi dubbi nell'affermare che la detenzione non frapponga ostacoli alla prosecuzione del percorso ormonale durante la fase di espiazione della pena, va considerato come il contesto detentivo appaia caratterizzato da una profonda distanza rispetto al quadro ottimale di garanzia e tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti. In aggiunta a quanto sopra riepilogato, permangono infatti una serie di difficoltà legate alle prassi vigenti all'interno del contesto carcerario. Si pensi, ad esempio, al fatto che le prescrizioni medico-sanitarie dipendono dai medici in servizio presso l'azienda sanitaria di riferimento per l'istituto penitenziario, non dunque dal medico di fiducia e/o presso cui la persona aveva iniziato la propria cura, spesso mettendo in discussione la continuità della terapia. Per le persone trans straniere, inoltre, il trattamento ormonale spesso non è inserito in un percorso medico-sanitario, ma è frutto di una auto-somministrazione, nel dosaggio e nella tipologia, con frequenti contrasti con i referenti sanitari che spesso ritengono di avviare una procedura differente.

### 2.2.2. La variabilità nelle tutele durante la detenzione: le diverse fasi del percorso di transizione

Una volta messo in luce il quadro problematico del binomio carcere e transessualità rispetto alla salute, è interessante provare a riflettere su come si atteggi la condizione di persona reclusa a seconda della fase del percorso di transizione nella quale ci si trovi a sperimentare la privazione della libertà personale. Se, infatti, la persona venga reclusa nell'imminenza dell'avvio del percorso di rettificazione – che inizia generalmente con un colloquio presso i centri e i consultori convenzionati con il sistema sanitario nazionale, in cui viene vagliata e verificata la presenza e la "realità" della "Disforia di genere", ed escluse patologie di altra natura o disturbi comportamentali – vi è da supporre che soltanto con grandi difficoltà potrebbe essere garantito il pieno accesso all'assistenza sanitaria. Se, infatti, la persona reclusa abbia fatto ingresso nell'istituto di pena senza una preesistente diagnosi di disforia di genere, pur essendo portatrice di tutti gli elementi per poterla evidenziare, possono esservi dubbi sull'effettività della garanzia di accesso all'assistenza sanitaria prevista e necessaria per poter dare effettività alle tutele che la condizione chiederebbe.

66 Non è qui il caso di ritornare sulla complessa questione del riconoscimento della Disforia di genere come patologia in particolare di natura mentale. Per un approfondimento, si rinvia alla nota 37 del presente lavoro.

67 Tribunale di Spoleto, Ufficio di Sorveglianza, ordinanza del 13 luglio 2011, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it).

68 Così ad esempio, Toscana, Liguria ed Emilia Romagna.

69 Ad esempio, nel 2007, presso la casa circondariale Baldenich di Belluno.

70 I dati raccolti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria indicano una prevalenza delle detenute transessuali straniere, rispetto a quelle con cittadinanza italiana. Sul tema, v. L. Chianura, G. Di Salvo, G. Giovanardi, *Detenute transgender clandestine negli istituti penitenziari italiani: un'indagine pilota*, cit., pp. 219-238.



Con maggiore certezza, può supporre che, laddove vi sia invece una diagnosi accertata di disforia di genere da parte di una struttura pubblica, la persona reclusa possa essere inserita in un programma di supporto psicologico e medico-ormonale. Alla luce delle difficoltà di garantire il diritto alla salute nel periodo di reclusione, è tuttavia importante verificare l'effettività ad esempio della somministrazione della terapia ormonale, tutt'altro che scontata nella prassi e spesso posta economicamente a carico del detenuto, tanto da dare vita ad una isolata giurisprudenza che ne ha riconosciuto l'obbligatorietà per l'amministrazione statale e la totale gratuità<sup>71</sup>; non è invece agevole una verifica circa l'effettività (e spesso la configurabilità stessa) dell'accesso al servizio di sostegno psicologico per la persona transessuale che sta vivendo la prima fase del percorso, sebbene si tratti di un servizio che dovrebbe essere garantito alla persona reclusa senza diversità di trattamento rispetto a chi è in stato di libertà<sup>72</sup>.

Posto il trattamento della persona transessuale in accordo al sesso anagrafico, possono sollevarsi analoghi dubbi circa l'effettività del trattamento sanitario endocrinologico; infatti, sono state segnalate difficoltà in ordine alla somministrazione di medicinali e cure proprie di un sesso a persone dell'altro sesso. Anche in questo caso, tuttavia, emerge l'importanza di prestare attenzione ad un concetto complesso di salute che la intenda, non soltanto quale assenza di patologie, ma piuttosto quale garanzia di complessivo benessere, inteso dunque come benessere anche psicologico, che la condizione transessuale chiede di garantire sotto forma di continuità alle cure e dunque di accesso alla somministrazione di farmaci.

Anche la fase del cosiddetto *real life test* (letteralmente, il test della vita reale), ossia il periodo in cui la persona viene invitata a vivere nel genere che sente come proprio, si presenta come particolarmente problematica per le persone recluse, posto che ne verrebbe probabilmente compromessa la *privacy*, per periodi potenzialmente prolungati. Appare probabile concludere che la persona, che si abbigli seguendo i canoni del genere opposto al proprio, diverrebbe facilmente oggetto dello scherno delle altre persone recluse e si troverebbe in situazioni quanto meno di disagio e imbarazzo, forse compromettendo anche la propria integrità e incolumità, rischiando di divenire vittima di violenza da parte di altri detenuti<sup>73</sup>.

Occorre inoltre una verifica circa l'effettività dell'accesso alla giustizia, rispetto al giudizio per l'autorizzazione all'intervento o per quello successivo ad esso, posto che alla persona reclusa potrebbe risultare difficoltosa la partecipazione alle udienze, con una minorazione nella pienezza dei diritti giurisdizionali.

Parimenti problematica appare la vicenda della persona transessuale che venga reclusa quando abbia già ottenuto la sentenza di autorizzazione all'intervento di riassegnazione dei caratteri sessuali (RCS) e sia in attesa di sottoporsi al trattamento chirurgico. In particolare, occorre interrogarsi se sia comunque garantita la possibilità di sottoporsi all'intervento qualora la persona reclusa venga convocata dalla struttura ospedaliera durante la detenzione o se al contrario sia necessario attendere la fine del periodo di pena per poter ripresentare la domanda di inserimento nelle liste di attesa delle strutture ospedaliere, con una inevitabile dilazione nei tempi. Circa la scelta della struttura presso la quale sottoporsi all'intervento, potrebbe sorgere l'interrogativo se si tratti di una facoltà rientrante nel "residuo di libertà" riconosciute alla persona reclusa o se al contrario vi sia un condizionamento in ragione della contiguità territoriale con l'istituto di pena. Posta l'alta specializzazione che gli interventi di riassegnazione chirurgica del sesso richiedono, il rilievo del tema appare significativo. Questione ulteriore è poi quella relativa alla convalescenza che segue l'intervento chirurgico e che dovrebbe essere garantita in termini adeguati alla complessità del trattamento subito, sia pure nelle difficoltà che le regole e le condizioni di fatto degli istituti di pena inevitabilmente pongono; una alternativa potrebbe essere il ricorso alla disposizione che consente al giudice di sorveglianza di rinviare l'esecuzione della pena<sup>74</sup> in caso di condizioni

71 V. paragrafo 2.2.1. del presente scritto, v. nota 67 del presente scritto.

72 Si tratta peraltro di limiti che di per sé caratterizzano la condizione carceraria, anche per le persone non transessuali.

73 A. Hochdorn, P. Cottone, *Agentività e identità di genere*, cit., pp. 141-162.

74 Come ricordato, infatti, l'art. 147, 1° co., n. 2, c.p., prevede il rinvio facoltativo della pena nei confronti di chi si trova in condizione di grave infermità fisica. Il tribunale di sorveglianza competente deve accertare l'incompatibilità con il regime detentivo ordinario, tenendo conto di una serie di fattori documentati nella relazione sanitaria del personale specialistico e nella perizia medico-legale, tra cui l'entità della patologia e la possibilità di giovare di cure e trattamenti diversi e più efficaci di quelli che sono apprestati nelle istituzioni mediche esistenti presso il carcere. Sulla proposta di estendere questa possibilità anche in caso di infermità psichica, v. nota 47 del presente lavoro.



personali incompatibili con la detenzione<sup>75</sup>, come pure la possibilità di accedere a misure alternative alla detenzione<sup>76</sup>, posto che non possono esservi dubbi circa la peculiarità della vicenda transessuale.

Una questione che si pone come particolarmente problematica rispetto allo stato di detenzione riguarda l'impatto delle verifiche e dei controlli che costellano il percorso di cambiamento di sesso<sup>77</sup>, posto che certamente richiedono una specificità professionale non facilmente reperibile nell'ambito della generica assistenza sanitaria garantita negli istituti di pena.

Anche la questione degli intervalli di tempo previsti tra una fase e l'altra del percorso di transizione è meritevole di attenzione, posto che il regime di detenzione rischia di protrarre, spesso per diversi anni, la conclusione di un percorso che già si segnala criticamente per la sua lunghezza e spesso indeterminatezza. Al di là delle "regole" e delle prassi che fissano una durata minima per le fasi intermedie (ad esempio, per il *real life test*)<sup>78</sup>, sono infatti anche i tempi tecnici a poter incidere considerevolmente sull'andamento della transizione; si pensi, a livello processuale, ai lassi di tempo richiesti per la fissazione delle udienze, come pure ai tempi di attesa per gli interventi presso le strutture sanitarie<sup>79</sup> sui quali certamente non è influente lo stato di detenzione della persona transessuale.

Posto che la vicenda della transessualità è giuridicamente da inquadrare nel contesto della tutela e della garanzia del benessere individuale, simile profilo va criticamente segnalato, poiché colloca le persone transgeneri reclusi in una sorta di limbo giuridico che accentua quella condizione di fragilità e vulnerabilità già presente per le persone libere in ragione della propria identità di genere, come pure aggravato ne risulta il regime detentivo che è di per sé causa di indebolimento della persona.

### 2.3. La persona transgenere come "disturbo" della vita carceraria

Accanto alla questione della collocazione delle persone transgeneri all'interno dell'istituto di pena e della tutela della salute durante la fase di detenzione, vanno poi segnalate una molteplicità di vicende che fanno emergere la frizione generata dalla reclusione di coloro la cui identità di genere non corrisponde all'assegnazione anagrafica, rispetto al quadro di insieme di garanzie riconosciute alla persona non transessuali in stato di privazione della libertà personale e alle persone transessuali in stato di libertà. Sono infatti la struttura stessa degli edifici, le finalità della detenzione, i suoi "codici" a innescare una moltiplicazione del disagio patito in ragione della privazione della libertà personale.

Le prassi mostrano infatti come nella gestione del carcere vengano sistematicamente penalizzate le "entità" (cioè, le persone reclusi) considerate "fonte di disturbo" della quotidianità e dell'assetto dell'istituto, con conseguenze negative quanto all'accesso al lavoro, al regime premiale, alle attività ricreative e riabilitative<sup>80</sup>. Appare indubbio che, nel contesto penitenziario, le persone transessuali vengano riconosciute proprio come una delle "entità" che "disturbano" l'ordinaria gestione del carcere e per tali ragioni subiscano una penalizzazione aggiuntiva di quel "residuo di libertà" che permane pur in presenza della detenzione<sup>81</sup>. Posto che la detenzione rappresenta la risposta statutale alla commissione di un atto connotato da disvalore e per ciò classificato come penalmente rilevante, genera tuttavia perplessità che sia una condizione personale a generare un aggravio nell'espiazione della pena comminata.

75 V. le pronunce Corte cost. 18 ottobre 1995, nn. 438 e 439, circa l'allontanamento dalle carceri di persone malate di Aids, al fine di non arrecare pregiudizio agli altri detenuti. V. C. Fiorio, *Salute del condannato e strumenti di tutela*, in *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, A. Scalfati (a cura di), cit., pp. 87 ss.

76 V. nota 48 del presente lavoro.

77 A. Lorenzetti, *Diritti in transito*, cit., pp. 50 ss.

78 In realtà, non vi sono regole fisse per la durata delle diverse fasi, ma i Protocolli in uso offrono comunque una serie di riferimenti temporali.

79 Su tale ultimo profilo, ad esempio, il considerare "non urgenti" gli interventi di conversione chirurgica del sesso determina un ulteriore prolungamento del percorso di transizione e liste d'attesa di circa due anni nelle poche strutture ospedaliere che effettuano questo tipo di interventi.

80 Sottolineano questo aspetto, A. Mele, *Genere irrisolto. Transessuali e istituzioni carcerarie*, cit.. A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 197 ss.

81 A. Marchiori, N. Coco, *Il transessuale e la norma*, cit., pp. 197 ss.

### 3. Transessualità, detenzione e tutela della salute

Avuto riguardo al percorso di transizione dal momento della reclusione, al primo accesso ai consultori e ai centri di sostegno in cui si avvia il percorso, sino all'intervento di riassegnazione del sesso anatomico e alla modifica anagrafica dell'attribuzione di sesso, il binomio carcere e transessualità si mostra come particolarmente problematico.

A fronte di un quadro granitico, a livello di principio, a presidio della condizione giuridica delle persone transessuali e transgender anche durante la fase di detenzione, le prassi e la giurisprudenza di riferimento si mostrano assai incerte, ponendo imprescindibili questioni, anche alla luce di una normativa che non prevede espressamente questa vicenda come destinataria di tutele specifiche.

Infatti, laddove si inserisca nel corso di un periodo di detenzione, la condizione transgenere determina un impatto doppiamente negativo sulla persona, generando così una sorta di espiazione aggravata della pena in ragione di una condizione personale.

Se pure il quadro teorico non si presti a dubbio alcuno sulla garanzia di tutela della persona in stato di detenzione, va considerato come la questione debba essere considerata nel suo inserirsi nell'ambito carcerario, contesto che ha spesso mostrato di porsi in conflittualità con il pieno rispetto dei diritti costituzionalmente riconosciuti<sup>82</sup>.

Tuttavia, se appare plausibile che la privazione della libertà comporti la sottoposizione del detenuto a regole speciali che ne impongono una soggezione quasi completa all'amministrazione penitenziaria, meno convincente appare l'idea per cui ne risulti compromessa o persino preclusa la garanzia della salute, diversamente dovendosi ammettere che il carcere da luogo «di riconciliazione con il diritto, di riaffermazione del diritto e di educazione al diritto»<sup>83</sup>, divenga una zona di sospensione dello Stato di diritto, in cui le persone recluse vengono «spogliate» della propria dignità. Tuttavia, la «supremazia speciale»<sup>84</sup> alla quale i detenuti, sia pure in virtù di proprie azioni, si trovano sottomessi, non dovrebbe far venir meno la verifica del grado di effettività assicurato alla tutela della persona che la Costituzione direttamente collega all'affermazione della pari dignità sociale<sup>85</sup>.

Ciò, infatti, disconoscerebbe la centralità della figura del detenuto – protagonista del trattamento in istituto, all'interno del quale deve poter esprimere la propria personalità, sia pure compatibilmente con la situazione di privazione della libertà personale – attorno a cui ruota l'esecuzione penitenziaria che *deve* tendere alla sua rieducazione<sup>86</sup>. Disconoscerebbe altresì le consolidate posizioni della Consulta, da sempre rigorosa nell'affermare che «l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generale assoggettamento all'organizzazione penitenziaria è estranea al vigente ordinamento costituzionale il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti»<sup>87</sup>. Da ultimo, simile approccio rifiuterebbe di individuare e codificare dei limiti all'uso legittimo del potere coercitivo dello stato, posto che i confini previsti dalla normativa penitenziaria delineano una trama in più punti sfaldata, con clausole indeterminate e flessibili che ammettono un' incisiva azione delle prassi e lo sconfinamento nell'arbitrio<sup>88</sup>.

82 V. A. Pugiotto, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 121.

83 S. Carnevale, *Morire in carcere e morire di carcere*, cit., p. 208.

84 M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1999, 1, p. 12.

85 Si pensi, ad esempio, alla sostanziale inappellabilità delle decisioni del vertice dell'amministrazione penitenziaria, in conflitto con l'art. 113 Cost. secondo cui contro gli atti dell'amministrazione pubblica è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Su questo profilo, v. A. Pennisi, *Il procedimento di sorveglianza e i principi del giusto processo*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, AA.VV., III, Piacenza, La Tribuna, 2010, pp. 85-98.

86 Circa la valenza di doverosità del cd. finalismo rieducativo, v. nota 26 del presente scritto.

Pertanto, va ribadito che il trattamento previsto dall'ordinamento penitenziario (art. 1) ha una spiccata caratterizzazione individuale; questo aspetto tuttavia dovrebbe escludere differenziazioni lesive dei diritti di alcune «categorie» di detenuti, così come singolari e anomale considerazioni sulla singola personalità che potrebbero in ipotesi ammettere l'elusione e l'elisione dei diritti costituzionalmente garantiti.

87 Corte cost., 11 febbraio 1999, n. 26, con cui sono stati dichiarati parzialmente illegittimi gli artt. 35 e 69 o.p. nella parte in cui non prevedevano la possibilità per il detenuto di impugnare davanti ad un'autorità giurisdizionale un provvedimento dell'amministrazione penitenziaria lesivo dei propri diritti. La Corte aveva rinviato al legislatore il compito di colmare la lacuna, operazione giunta con considerevole ritardo, attraverso l'introduzione di un reclamo giurisdizionale (art. 35-bis o.p., ex d.l. 146/2013, conv. con legge 10/2014). V. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri*, cit.

88 L'art. 41 o.p. ammette l'uso della forza solo quando sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, anche passiva, agli ordini impartiti. Ma i confini del «prevenire» e del «vincere la resistenza passiva» appaiono labili e fortemente

Al contrario, appare fondamentale recuperare la centralità della persona e delle sue esigenze anche se in stato di detenzione e anche se portatrice di una condizione personale peculiare come quella transessuale.

Posto che l'ordinamento dovrebbe garantire la tutela della salute e la centralità della persona durante l'intero percorso di transizione, e in modo specifico per quanto riguarda la modifica dei caratteri sessuali, dalla fase di inserimento nel programma di supporto, alle terapie medico-ormonali, all'autorizzazione all'intervento, sino all'intervento stesso e al periodo successivo, la condizione di detenzione non dovrebbe introdurre un elemento ostativo nel riconoscimento di diritti e garanzie individuali, piuttosto contribuendo a sollevare un muro di tutele a presidio della vicenda peculiare.

Infatti, valorizzando la *ratio* della legge che consente la modifica del sesso anatomico e anagrafico in nome del benessere della persona<sup>89</sup> e la *ratio* dell'ordinamento penitenziario che colloca al proprio centro la persona detenuta, la sua tutela e garanzia dovrebbero essere l'asse su cui incentrare ogni atto e iniziativa riguardanti il procedimento medico-sanitario funzionale al riallineamento del proprio corpo alla identità di genere percepita, senza alcun arretramento nelle garanzie costituzionali in ragione dello stato di privazione della libertà personale.

Sebbene si tratti di temi e questioni riguardanti una percentuale numericamente esigua di persone recluse e sebbene si inserisca in un contesto, quello carcerario, caratterizzato da un generale tasso di problematicità, va ribadita l'esigenza di garantire alla persona transessuale la tutela dei diritti e delle libertà sancite dalla Carta costituzionale, non *anche se* in stato di detenzione, ma *soprattutto in quanto* in stato di detenzione. Altresì, va respinta con forza l'idea che l'espiazione di una pena (o di una misura cautelare) risulti aggravata in ragione di una condizione personale, aspetto che genererebbe una frizione con l'impianto costituzionale previsto a garanzia della persona reclusa.

Le pure certamente complesse questioni poste dalla condizione transessuale potrebbero spesso essere risolte con un mero richiamo alla *ratio legis* della normativa penitenziaria (ordinamento penitenziario e regolamenti di esecuzione) e della normativa che autorizza al cambiamento di sesso anatomico e anagrafico (legge 164 del 1982), senza rendere necessario l'intervento della magistratura di sorveglianza per garantire quanto è già oggetto di previsione normativa, ad esempio, rispetto alla necessità di adattare il più possibile il contesto detentivo alle esigenze della persona transgenere reclusa.

Partendo dalla constatazione di come spesso gli istituti di pena non appaiano organizzati per un'accoglienza adeguata alle specifiche esigenze e peculiarità della condizione transessuale, sarebbe però di rilievo fissare una serie di presupposti a partire dai quali proporre un complessivo ripensamento della questione, primo dei quali la garanzia dell'incolumità fisica della persona reclusa e la tutela della sua *privacy*. Sarebbe inoltre di rilievo rendere effettivo l'accesso alle cure sanitarie e dunque l'effettività della salute intesa quale principio costituzionale, garantendo dunque non soltanto il supporto psicologico e clinico (colloqui costanti con operatori qualificati del settore psicologico e psichiatrico e con medici, accesso a terapie, visite ed esami), ma la sua effettività e l'erogazione dei servizi sanitari attraverso personale adeguatamente formato. Occorre infatti ricordare che la salute garantita dall'art. 32 della Costituzione non può essere limitata alla cura di patologie fisiche esistenti, ma si estende certamente anche alla fase della prevenzione, al contrasto di patologie di natura mentale e, in generale, alla garanzia di un benessere complessivo della persona (anche se, o meglio *soprattutto* se in stato detentivo). In questo senso depongono non soltanto il dato storico per cui, proprio in nome della garanzia del benessere psico-fisico, è stata riconosciuta rilevanza giuridica (e dunque tutela) alla condizione transessuale con l'approvazione della legge 164 del 1982, ma l'idea stessa che propala dal tessuto costituzionale, volto a riconoscere una centralità assoluta alla persona, alle sue esigenze e al fascio di diritti e libertà individuali, tra cui certamente va annoverata la pienezza della salute<sup>90</sup>.

connotati dal carattere subiettivo degli autori. Similmente, l'art. 53 c.p.

89 L. 14 aprile 1982, n. 164, «Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso», come modificata, dal D. lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

90 B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute –Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 1991, XXVII, p. 5; M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, pp. 770 ss.

---

## *Commenti*

*Ilaria Rivera\**

## La trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero tra tutela dell'ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

### Sommario

1. La trascrizione dell'atto di nascita straniero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore – 2. Omosessualità e filiazione – 3. La tutela del superiore interesse del minore quale canone ermeneutico nel bilanciamento dinanzi all'autorità giudiziaria – 4. Alla ricerca di un nuovo concetto di "famiglia"

### Abstract

Il presente contributo intende ricostruire la tematica della possibilità di procedere alla trascrizione in Italia di un atto di nascita formato all'estero di un minore figlio di due madri. In particolare, nella sentenza della Corte di cassazione n. 19599/2016, vengono analizzate le questioni della compatibilità dell'atto con l'ordine pubblico internazionale e la tutela del superiore interesse del minore, che deve essere garantito anche in difetto di una specifica normativa sul punto. La pronuncia si caratterizza, quindi, per la soluzione raggiunta dalla Corte di cassazione, che predilige un approccio pratico nell'interesse di proteggere l'interesse del minore a continuare a vivere nell'ambito della relazione affettiva e familiare che si è instaurata con le due donne che sono entrambe madri.

*This paper aims to analyze the question of the possibility of transcribing the foreign birth certificate of a child with two mothers. In the judgment no. 19599 of 2016, the Court of Cassation has considered the compatibility of the transcription with international public order and the protection of the best interest of child, which could be guaranteed also without a specific law on the matter. This judgement is therefore characterized by the particular solution adopted by the Court of Cassation, which adopts a practical approach to protect the best interest of the child in the context of the affective and familiar relationship with the two mothers.*

### 1. La trascrizione dell'atto di nascita straniero tra ordine pubblico internazionale e superiore interesse del minore

Con la sentenza n. 19599 del 21 giugno 2016, la Suprema Corte di cassazione ha affermato che è trascrivibile in Italia l'atto di nascita formato all'estero del minore figlio di due donne, sposate in Spagna e poi successivamente divorziate (a seguito del divorzio, peraltro, il figlio veniva affidato congiuntamente ad entrambe, che ne assumevano di conseguenza la responsabilità genitoriale).

\* Assegnista di ricerca in *Juridical Sciences* – Luiss Guido Carli.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a *referees* a doppio cieco.



A ben vedere, il nucleo essenziale della pronuncia è incentrato sulla possibilità di procedere alla trascrizione dell'atto di nascita, che accerta lo *status filiationis* del minore<sup>1</sup> con la madre genetica cittadina italiana, appunto in Italia, comportando l'acquisto per questi della cittadinanza italiana.

Scorrendo le articolate argomentazioni ricostruite nella pronuncia in commento, è possibile individuare tre principali direttrici di sviluppo.

In primo luogo, prima di valutare in concreto la compatibilità dell'atto di nascita validamente formato, secondo il diritto spagnolo, del figlio di due donne (di cui una ha partorito e l'altra ha fornito l'ovulo), con l'ordine pubblico internazionale – richiamando, in tal senso, gli artt. 18 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396<sup>2</sup> (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*) e 65 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*) – viene chiarito quale sarebbe il termine di paragone nel giudizio di legittimità. La Corte di legittimità analizza il concetto di ordine pubblico<sup>3</sup>, non solo in una dimensione puramente interna, ma soprattutto nella proiezione internazionale<sup>4</sup>, che sembra trovare esatta applicazione nel caso di specie.

A giudizio della Corte, questo rappresenterebbe la sintesi dei principi e dei valori fondamentali presenti non solo nel perimetro di un solo Stato, ma nell'insieme dei diversi ordinamenti considerati. In questo senso, quindi, il giudizio non prende in considerazione la nozione di ordine pubblico in un'ottica nazionale, in considerazione del carattere transfrontaliero assunto dalla vicenda oggetto della pronuncia.

Risulta piuttosto puntuale la distinzione operata dal giudice di legittimità tra il *contrasto* tra la normativa spagnola e quella italiana, tale da ingenerare l'impossibilità di dare riconoscimento ad un atto formato in violazione dell'ordinamento interno, e la *diversità* tra le due normative, anche se di carattere imperativo, la quale è semplicemente frutto di una diversa opzione legislativa ma, in ogni caso, insuscettibile di creare una situazione di conflitto.

La mancata previsione ovvero l'eventuale divieto nell'ordinamento interno della fattispecie non può impedire di per sé la trascrizione dell'atto di nascita straniero a fronte dell'esigenza di assicurare la tutela del superiore interesse del minore<sup>5</sup> e la continuità del rapporto familiare. A sostegno dell'asse motivazionale, si afferma che "il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico" dell'atto di nascita straniero, "deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo".

Posto questo necessario presupposto logico, il giudice di legittimità prosegue riconoscendo il carattere ampio del concetto di ordine pubblico internazionale in ragione della pluralità della tavola valoriale fondativa degli ordinamenti degli Stati e, ancor di più, dell'impossibilità di enucleare in via astratta una puntuale casistica degli elementi identificativi. Questo, nelle parole della Corte, sarebbe un "complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria". La portata della nozione è destinata ad ampliare le proprie maglie a seconda del contesto che si tende ad esaminare, non solo in senso diacronico – che è quello che meglio dà il senso della mutevolezza del suo perimetro operativo – ma anche in senso sincronico, nel confronto con le diverse realtà ordinamentali.

- 1 Giova ricordare che, ai sensi dell'art. 33 della l. n. 218/1995, lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino al momento della nascita.
- 2 Cfr. G. Noto La Diega, *La trascrizione del certificato di nascita del figlio di coniugi "same sex". Filiazione omogenitoriale, ordine pubblico internazionale e interesse del minore nella recente giurisprudenza torinese*, in *Diritto civile contemporaneo*, [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com), 19 gennaio 2015, sottolinea la sussistenza di un rapporto legge generale-legge speciale tra l'art. 18 e gli artt. 33 e 65 della citata legge n. 218, in quanto la prima attiene agli atti formati all'estero, senza alcun riferimento specifico, mentre le seconde, in combinato disposto, sono applicabili alla determinazione dello *status filiationis*.
- 3 Analizza la perimetrazione interpretativa M. Winkler, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione «perimetrata» di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in *Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 23 marzo 2017.
- 4 Sempre nel senso di guardare ad una prospettiva estensiva del concetto in esame si pone l'ordinanza della Corte d'appello di Napoli del 30 marzo del 2017, in tema di trascrizione di due sentenze francesi che hanno disposto l'adozione "piena e legittimante" dei figli della coniuge a favore di ciascuna madre richiedente.
- 5 Sul punto, su tutti, si veda più di recente E. Lamarque *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2016.

Altro percorso argomentativo su cui si poggia il ragionamento della Cassazione, una volta dichiarata la compatibilità della trascrizione dell'atto di nascita validamente formato secondo il diritto spagnolo con l'ordine pubblico internazionale, è la specificazione della tecnica procreativa cui hanno fatto ricorso le due donne. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, la pratica procreativa posta in atto non sarebbe in alcun modo assimilabile alla surrogazione di maternità o gestazione per altri<sup>6</sup>, vietata nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 12, comma 6<sup>7</sup>, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

Con particolare precisione scientifica, si osserva che, mentre nella surrogazione di maternità l'apporto di un soggetto terzo alla coppia, ossia la donna destinata ad accogliere i gameti maschili e femminili, si limita e si conclude nel parto, nella vicenda in esame il contributo biologico e genetico fornito dalle due donne rientra nella pianificazione e nello sviluppo di un progetto familiare comune. In questo senso, quanto accaduto sarebbe certamente più vicino alla tecnica della fecondazione eterologa<sup>8</sup> nella previsione della donazione di gamete maschile di un soggetto estraneo alla coppia delle due donne e per la parificazione di fatto ad una condizione di infertilità assoluta e/o di sterilità, che giustifica il ricorso alla PMA, ai sensi dell'art. 1 della citata normativa.

Certamente, la l. n. 40/2004 fa divieto alle coppie formate da persone dello stesso sesso di accedere alla procreazione medicalmente assistita<sup>9</sup> (art. 5), ma, a giudizio della Suprema Corte, il punto qualificante della questione non riguarderebbe tanto l'orientamento sessuale o il sesso della coppia quanto la pratica medico-scientifica messa concretamente in atto per giungere al concepimento. D'altra parte, la ricostruzione delle caratteristiche del tipo di fecondazione utilizzata sembra essere funzionale anche ad escludere la contrarietà all'ordine pubblico, nell'affermazione che "l'atto di nascita straniero [...] da cui risulti la nascita di un figlio da due madri [...] non contrasta di per sé con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta in Italia dalla legge n. 40/2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate".

Con ulteriore sforzo ricostruttivo, la Corte di legittimità richiama l'art. 269, comma 3, c.c.<sup>10</sup>, che stabilisce il principio secondo il quale è madre solo colei che partorisce<sup>11</sup>. In questo senso, non rilevarebbe

- 6 Per un approfondimento sulle diverse tipologie di maternità surrogata, si rinvia a M. Dogliotti, *Maternità "surrogata": contratto, negozio giuridico, accordo di solidarietà?*, in *Famiglia e diritto*, 2000, pp. 156 ss.; A. Gatto, *Surrogazione di maternità e diritto del minore al rispetto della propria vita privata e familiare*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2015, 3, pp. 1091 ss. e la ricca bibliografia e giurisprudenza ivi richiamata.
- 7 Si segnala, inoltre, che è stata sollevata, con ordinanza della Corte d'appello di Milano del 25 luglio 2016, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 cod. civ., nella parte in cui non prevede che l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità del figlio minore nato da maternità surrogata, possa essere accolta solo quando sia ritenuta dal giudice rispondente all'interesse del minore stesso, e non consente al giudice di valutare in concreto l'interesse del minore a vedersi riconosciuto e mantenuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita. In particolare, il giudice *a quo*, attraverso un'attenta disamina della pratica della surrogazione di maternità e della giurisprudenza interna ed europea, sottolinea a più riprese il carattere "solidale" che impone la pratica in questione, che pone particolari dubbi sia circa la definizione identitaria del nato sia in riferimento ai rapporti giuridici dei soggetti coinvolti. Ad ogni modo, l'ordinanza offre importanti spunti riflessivi nella disamina della normativa vigente in altri Paesi europei, nei quali recenti studi hanno dimostrato che i minori nati a seguito della maternità surrogata non sembrano sviluppare traumi o difficoltà nella crescita.
- 8 Si rammenta che, con la sentenza della Corte costituzionale 9 aprile 2014, n. 162, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa sulla base della considerazione che la limitazione della libertà procreativa della coppia non potrebbe consistere in un divieto assoluto, come quello che era previsto precedentemente dalla normativa, ma devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare interessi di pari rango. Ad ogni modo, la possibilità di accedere alla pratica di fecondazione eterologa, anche a seguito della pronuncia costituzionale, si riferisce esclusivamente alle coppie eterosessuali, in ossequio al dettato dell'art. 5 della l. n. 40/2004.
- 9 Per una ricostruzione attenta della problematica, cfr. Aa.Vv., *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, (a cura di) A. Sperti, Pisa, Plus, 2013.
- 10 Sul punto, A. Monici, *È sufficiente l'affermazione della sola madre per l'ammissibilità dell'azione ex art. 269 C.C.?*, in *Famiglia e diritto*, 1998, 6, pp. 536 ss., sottolinea che, a partire dalla Corte costituzionale n. 341/1990, "la sussistenza dell'interesse del minore viene ora valutata come la risultante di una pluralità di profili: sotto il profilo personale (ancestrale bisogno di certezza e di conoscenza del genitore), sotto quello sociale (utilità di inserirsi nella comunità sociale senza essere discriminato come figlio della sola madre), sotto l'aspetto economico (mantenimento, cura ed istruzione da parte di entrambi i genitori), sotto quello affettivo-familiare (ampliamento della sfera affettiva ed armonioso sviluppo della personalità del minore in presenza della doppia genitura)".
- 11 Osserva efficacemente A. Schillaci, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2016, che "biologia, genetica e intenzione sembrano così

l'eventuale presenza della madre genetica o di quella che fornisce l'ovulo, legandosi ad un concetto che si caratterizza per la conseguente caratterizzazione del feto come *portio mulieris*. La madre sarebbe quindi colei che contribuisce fisicamente allo sviluppo e alla crescita del figlio, fin dalle prime fasi di vita. Ad avviso della Suprema Corte, però, si tratta di un principio ormai superato nel sentire sociale e nell'evoluzione normativa dell'ordinamento, nato per offrire una soluzione giuridica certa alle esigenze del tempo, ma negli anni andando a sfumare nelle limitazioni applicative. In questo caso, non si pone in dubbio che quelle coinvolte sono entrambe madri e che, inoltre, le donne hanno dato luogo ad un nucleo familiare tendenzialmente stabile. Il principio in questione, d'altra parte, sembra perdere di valore anche in ordine al progressivo riconoscimento, soprattutto nell'orientamento delle Corti costituzionali e sovranazionali, delle relazioni affettive e delle famiglie di fatto<sup>12</sup>, che prescindono – quindi – da un vincolo giuridico prestabilito ovvero da un rapporto parentale formale.

La strutturazione di un nucleo affettivo può essere slegata da una prospettiva meramente giuridica e guardare unicamente alle relazioni sociali che si vengono concretamente ad instaurare e a rafforzare.

## 2. Omosessualità e filiazione

La preferenza accordata dal giudice di legittimità ad una concezione *sostanziale* di famiglia sembra essere confermata dall'ampio corredo argomentativo che viene ricostruito tramite i ricchi riferimenti alla giurisprudenza delle Corti straniere (es. della Corte federale di giustizia, 10-19 dicembre 2014, X. c. *Land di Berlino*) ma soprattutto all'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, Corte Edu, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio* e Corte Edu, 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*<sup>13</sup>).

I giudici di Strasburgo hanno dato dimostrazione più volte di adottare un approccio concreto alle vicende oggetto di giudizio, talvolta a discapito della rigidità<sup>14</sup> delle scelte normative nazionali. Nel riconoscimento e nella tutela delle relazioni familiari di fatto ai sensi dell'art. 8 CEDU, che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, la Corte europea sembra ammettere una deroga al divieto talvolta espresso a livello nazionale circa l'attribuzione dello *status filiationis* ad un soggetto slegato da un vincolo giuridico espresso. Questo per rispondere *efficacemente ed effettivamente* all'esigenza di preservare il superiore interesse del minore, che viene a crescere nella comunità familiare così costituita, e la cui identità personale deve essere protetta in tutte le fasi di sviluppo.

È evidente che il ricorso al superiore interesse del minore<sup>15</sup> consente al giudice di operare una valutazione casistica delle situazioni prese in esame, senza alcuna pretesa di predeterminazione concettuale. D'altra parte, questo non può neppure essere utilizzato per introdurre nell'ordinamento interno fattispecie vietate<sup>16</sup>.

---

potere (e dovere) essere composte in armonia, ai fini del più corretto inquadramento delle dinamiche che conducono alla realizzazione di un progetto di omogenitorialità".

12 B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, Jovene, 2008.

13 Per una ricostruzione della vicenda, tra gli altri, cfr. C. Campiglio, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da padre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, 1, pp. 1132 ss.

14 Nel senso di preferire una normazione "leggera" in ordine a questioni di biodiritto, cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2015, 3.

15 Cfr. P. Stanzione, *voce Minori (condizione giuridica dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 725 ss.; V. Lenti, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 1, pp. 148 ss.

16 Si dà conto dell'importante caso deciso dalla Corte Edu, grande camera, 24 gennaio 2017, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, nella quale viene dichiarata la compatibilità con l'art. 8 CEDU dell'atto di allontanamento, disposto dall'autorità giudiziaria, del minore alla coppia che ha fatto ricorso alla pratica della maternità surrogata all'estero, in ragione dell'insussistenza di qualunque legame biologico con questi. Viene esclusa la violazione della vita familiare della coppia, ritenendo la misura dell'allontanamento coatto del minore proporzionata e tale da escludere un'ingerenza sulla stessa. In particolare, la Corte di Strasburgo, ribaltando la precedente sentenza del 27 gennaio 2015, chiarisce che "While the Convention does not recognise a right to become a parent, the Court cannot ignore the emotional hardship suffered by those whose desire to become parents has not been or cannot be fulfilled. However, the public interests at stake weigh heavily in the balance, while comparatively less weight is to be attached to the applicants' interest in their personal development by continuing their relationship with the child. Agreeing to let the child stay with the applicants, possibly with a view to becoming his adoptive parents, would have been tantamount to legalising the situation created by them in breach of important rules of Italian law. The Court accepts that the Italian courts, having assessed that the child would not



Al netto di qualunque considerazione etica circa la possibilità procreativa di una coppia dello stesso sesso, la pronuncia si segnala per un versante di particolare rilievo, inserendosi peraltro nell'orientamento della recente sentenza n. 12962/2016<sup>17</sup>, con la quale i giudici di legittimità riconoscevano la possibilità per la coppia omosessuale di procedere all'adozione<sup>18</sup> ex art. 44, comma 1, lettera d), della legge 4 maggio 1983, n. 184 (*Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*). In buona sostanza, i giudici di legittimità danno prevalenza alla tutela del figlio che nasce nell'ambito di un progetto procreativo ponderato e consapevole – anche di una coppia *same-sex* – e che sviluppa la propria personalità nelle relazioni sociali che viene ad interessare e nel nucleo affettivo di appartenenza.

La Corte di cassazione non entra nel merito del riconoscimento o meno delle unioni tra persone dello stesso sesso, disciplinate di recente dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*)<sup>19</sup>, né nella possibilità per queste ultime di potersi qualificare semplicemente come relazioni orizzontali tra persone maggiorenni o, anche, come coppie potenzialmente in grado di avere figli<sup>20</sup>. Nel caso di specie, ciò che sembra interessare maggiormente la Corte è la precisazione di due principi di diritto: da un lato, quello di riconoscere la validità formale dell'atto di nascita formato all'estero e conformemente alla l. n. 218/1995; dall'altra, quello di assicurare la prevalenza al superiore interesse del minore, i cui contorni risultano senz'altro indefiniti, che pone la questione di valutarne la tutela pur in assenza della specifica natura giuridica della coppia dei genitori.<sup>21</sup>

L'omogenitorialità, a giudizio della Corte, non costituirebbe un elemento dirimente per la valutazione della contrarietà o meno della trascrizione dell'atto di nascita straniero all'invocato ordine pubblico.<sup>22</sup> Infatti, ancorché, a seguito dello stralcio<sup>23</sup> dal testo di l. n. 76/2016 sulle unioni civili, sia stata eliminata la possibilità della *stepchild adoption* (c.d. adozione coparentale) per le coppie dello stesso sesso, non potrebbe negarsi tutela giuridica a realtà sociali sempre frequenti, che pongono la problematica di ricevere *in silentio legis*<sup>24</sup> riconoscimento in sede giurisprudenziale.<sup>25</sup>

---

*suffer grave or irreparable harm from the separation, struck a fair balance between the different interests at stake, while remaining within the wide margin of appreciation available to them in the present case*". Al riguardo, si ritiene utile richiamare le osservazioni di G. Ciarlariello, A. Alba Campolongo, M. Di Sanzo, R. La Russa, A. Santurro, V. Lo Voi, P. Frati, *La maternità surrogata: evoluzione giurisprudenziale italiana ed europea*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2016, 4, p. 1125, secondo i quali "il best interest of the child, infatti, non consiste nell'essere affidati in via automatica alla coppia committente, ma nell'individuare i soggetti che siano".

- 17 Per un commento alla pronuncia, si veda M. Sesta, *La disciplina delle unioni civili tra tutela dei diritti della persona e creazione di un nuovo modello familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 6, pp. 881 ss. Sia consentito il rinvio al nostro *La sentenza della Corte di cassazione n. 12962/2016 e il superiore interesse del minore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, pp. 2581 ss.
- 18 Sottolinea G. Palmeri, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same sex*, in *La nuova giurisprudenza civile*, 2017, 3, p. 365, che tale possibilità sarebbe indice della *voluntas legis* di favorire il consolidamento il rapporto tra minori e genitori che si prendano abitualmente cura di essi e la continuità e la stabilità dello stato di figlio.
- 19 Sul punto, v. il *Focus 1: La legge n. 76/2016: contenuti, problemi, prospettive*, (a cura di) A. Schillaci, in questa *Rivista*, 2016, 2, pp. 6-145.
- 20 Sulle relazioni (e implicazioni) tra unioni civili e filiazione, si veda la ricostruzione di A. Arceri, *Unioni civili, convivenze, filiazione*, in *Famiglia e diritto*, 2016, 10, pp. 958 ss. Con particolare riguardo al progetto genitoriale in rapporto alle coppie omosessuali, cfr. A. Lorenzetti, *La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, in *Omogenitorialità. Filiazione, orientamento sessuale e diritto*, (a cura di) A. Schuster, Milano-Udine, Mimesis, 2011, pp. 81-91.
- 21 In questo senso, si veda G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione dello status filiationis*, in *Corriere giuridico*, 2012, 2, pp. 181 ss., che chiarisce che il minore non può essere discriminato per il fatto di essere stato generato da due donne.
- 22 In senso analogo si pongono anche due decreti del Tribunale per i minorenni di Firenze del 7 marzo 2017 che hanno ordinato la trascrizione di due sentenze di adozione di minori residenti rispettivamente nel Regno Unito e negli Stati Uniti da parte di due coppie di uomini, aventi la cittadinanza italiana e residenti da tempo nello stato estero. In entrambi i decreti si sottolinea che non può giustificarsi una dimidiata tutela ai minori in virtù dell'omosessualità della coppia e dell'impossibilità dello stesso di contrarre matrimonio nell'ordinamento nazionale.
- 23 Evidenza con contezza, a commento della pronuncia della Corte di cassazione, prima sezione civile, 22 giugno 2016, n. 12962, M. Gattuso, *La vittoria dei bambini arcobaleno*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2016, che "lo stralcio attestava una debolezza della politica, non in grado di assicurare protezione ai bambini arcobaleno, ma non andava interpretato come una contrarietà del legislatore verso una loro piena tutela giuridica".
- 24 Così, anche, S. Celentano, *La trascrizione in Italia dell'atto di nascita del figlio di coppia omosessuale*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 23 gennaio 2015.
- 25 Sottolineano la difficile composizione degli interessi sottesi al desiderio procreativo che porta al ricorso della pratica della maternità surrogata, che meriterebbe un approccio congiunto da parte di tutti gli operatori istituzionali, anche al fine di evitare una netta configurazione tra "Stato legislatore" e "Stato giurisprudenziale" A. Ruggeri, C. Salazar, «Non gli è lecito separarmi

In questo senso, la Corte sembra sottolineare tra le righe della sentenza che l'orientamento sessuale o il sesso dei membri della coppia non potrebbero essere utilizzati nel giudizio circa la possibile trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero, qualora lo stesso sia stato validamente formato e non contrasti, di conseguenza, con l'ordine pubblico internazionale.

Il figlio non potrebbe ricevere una tutela differenziata a seconda della provenienza familiare<sup>26</sup>. In questo senso, si era espressa anche la Corte costituzionale, affermando la sussistenza di una prospettiva unitaria del concetto di famiglia<sup>27</sup> e, successivamente, il legislatore ordinario, eliminando la sussistenza di una differenziazione<sup>28</sup> normativa tra figli legittimi e quelli naturali. Quello che dovrebbe informare il giudizio, al contrario, sarebbe la valutazione della condizione del minore nella strutturazione della propria personalità e nella ricerca della propria identità, sia nelle scelte individuali sia nei rapporti con la società.

### 3. La tutela del superiore interesse del minore quale canone ermeneutico nel bilanciamento dinanzi all'autorità giudiziaria

La Corte di cassazione non verrebbe, quindi, a riconoscere un istituto nuovo nell'ordinamento interno, attraverso una giurisprudenza creativa e manipolativa dell'interesse del minore, ma accorderebbe semplicemente riconoscimento allo stato di filiazione derivante da un atto di nascita valido nell'ordinamento in cui è stato formato, escludendo il contrasto con l'ordine pubblico internazionale, e, in ragione di ciò, offrendo ulteriore giustificazione all'esigenza di proteggere l'interesse del minore. Quest'ultimo, in particolare, "presenta un rilievo costituzionale primario e, quindi, sovraordinato a valori confliggenti espressi dalla legislazione nazionale ordinaria". Questo, infatti, "è complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche" e, calato nella fattispecie, esso si sostanzia "nel diritto a conservare lo status di figlio, riconosciutogli da un atto validamente formato in un altro Paese dell'Unione europea".

Si inserisce nell'orientamento giurisprudenziale volto a consentire la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero di figli di coppie dello stesso sesso<sup>29</sup>, seppur con le dovute differenze, anche la

---

da ciò che è mio». Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017, 1, p. 140, secondo i quali "una giurisprudenza che non disponga delle necessarie indicazioni da parte del legislatore e non possa dunque far poggiare sui prodotti di questo i propri verdetti, specificamente laddove si faccia questione della salvaguardia dei diritti fondamentali, rischia di disperdersi in plurimi rivoli, pervenendo ad esiti reciprocamente troppo distanti (e, anzi, in aperto, irriducibile conflitto) pur in presenza di casi dai connotati oggettivamente uniformi".

- 26 In senso analogo, sul fattore dell'orientamento sessuale come elemento discriminatorio, Corte Edu, decisione del 21 dicembre 1999, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* e, più di recente, Corte Edu, decisione del 26 febbraio 2002, *Fretté c. Francia* e Corte Edu, decisione del 28 gennaio 2008, *E. B. c. Francia*. Al riguardo, cfr. E. Falletti, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Famiglia e diritto*, 2008, 3, pp. 221 ss.
- 27 Così, la sentenza della Corte costituzionale del 20 novembre 2002, n. 494, sulla condizione giuridica dei figli incestuosi, nella quale il giudice costituzionale evidenzia con particolare chiarezza che "la Costituzione non giustifica una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti: nella specie, il diritto del figlio, ove non ricorrano costringenti ragioni contrarie nel suo stesso interesse, al riconoscimento formale di un proprio status filiationis, un diritto che, come affermato da questa Corte (sentenza n. 120 del 2001), è elemento costitutivo dell'identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall'art. 2 della Costituzione. È proprio da tale ultima disposizione, conformemente a quello che è stato definito il principio personalistico che essa proclama, risulta che il valore delle "formazioni sociali", tra le quali eminentemente la famiglia, è nel fine a esse assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani" (cons. dir. 6.1.).
- 28 Si fa riferimento alla legge 12 dicembre 2012, n. 219 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), la quale ha novellato l'art. 315 c.c. (*Statuto giuridico della filiazione*), che al comma 1 stabilisce che "tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico", eliminando quindi ogni dubbio interpretativo circa una possibile disparità tra figli nati al di fuori ovvero in costanza di matrimonio. Coerentemente anche il decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (*Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219*), stabilisce all'art. 1, che modifica l'art. 87 c.c., la soppressione della dizione "filiazione naturale" e della differenza tra figli legittimi e figli naturali. Osserva S. Stefanelli, *Status, discendenza e affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 1, pp. 83 ss., che in questo modo è stato effettivamente attuato il canone paritario di cui all'art. 30 Cost.
- 29 In dottrina, cfr. il *Focus: Trascrizioni e riconoscimento degli status familiari*, (a cura di) C. Ragni, in questa *Rivista*, 2016, 2, pp. 6-72. Rientra nel filone giurisprudenziale citato anche il decreto della Corte di appello di Torino, sezione famiglia, del 29 ottobre 2014, che giustifica la trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero di un minore nato da una coppia omosessuale attraverso il ricorso alla pratica della fecondazione artificiale di tipo eterologo in considerazione del preminente interesse del mi-



nota e recente ordinanza della Corte d'appello di Trento del 23 febbraio 2017<sup>30</sup>, che ha attribuito efficacia giuridica al provvedimento straniero che stabiliva la sussistenza di un legame genitoriale tra due figli nati nell'ambito di una coppia omosessuale grazie alla gestazione per altri. Nella pronuncia in esame, si fa, innanzitutto, rinvio al concetto di ordine pubblico – nell'interpretazione data nella sentenza della Cassazione – che viene individuato nel complesso di principi supremi che informano l'ordinamento giuridico nazionale e costituiscono il sostrato della lettera costituzionale, come tali insuscettibili di essere sovvertiti dalla legislazione ordinaria. Altro nodo cruciale nell'argomentazione del giudice trentino, sulla falsariga di quanto espresso dai giudici di legittimità, è la ricostruzione della nozione di "superiore interesse del minore" e del suo possibile bilanciamento con altri valori o principi costituzionalmente rilevanti. Questo è oggetto di specifica tutela in diverse carte o cataloghi di diritti nazionali e sovranazionali (internazionali ed europei) e, nel caso di specie, riposa nel diritto al riconoscimento dello *status filiationis* così come risulta dall'atto di nascita validamente formato in un altro Stato. Il mancato riconoscimento comporterebbe, da un lato, un pregiudizio per il minore, che non potrebbe acquisire la cittadinanza italiana e vedrebbe preclusa l'attribuzione dello stato di figlio e, dall'altro, il diritto del genitore di realizzare il progetto genitoriale posto in atto.

D'altra parte, il mancato riconoscimento, sempre ricalcando le posizioni assunte dalla Cassazione, non potrebbe essere giustificato neppure dal divieto della pratica della maternità surrogata, come disposto dalla l. n. 40/2004, in quanto questa non potrebbe neppure essere considerata come disposizione costituzionalmente necessaria, tale da impedire la disciplina di qualunque fattispecie contrastante con la stessa. Più in generale, infatti, la l. n. 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita non può qualificarsi come la sintesi di principi costituzionalmente fondamentali, ma semmai una normativa la cui approvazione<sup>31</sup> è stata necessitata dall'esigenza di riempire il vuoto normativo allora esistente su una materia eticamente sensibile e dai risvolti pratici piuttosto complessi.

Ancorché con differenti approdi argomentativi, giustificati dalle diverse caratteristiche delle vicende oggetto delle due pronunce, ciò che sembra emergere e che deve essere valorizzato nella sua importanza è la preservazione del progetto familiare che viene coscientemente ricercato e attuato, soprattutto al fine di tutelare il minore nel suo sviluppo psico-fisico e nelle relazioni affettive instaurate.

In questo senso, pur nell'ipotesi della mancanza di un'espressa previsione normativa, la tutela dell'interesse del minore<sup>32</sup> sembra giustificare un ragionamento flessibile e attento a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie concreta nell'ottica di operare il corretto bilanciamento<sup>33</sup> tra gli interessi in gioco.

#### 4. Alla ricerca di un nuovo concetto di "famiglia"

Tornando al merito della pronuncia della Cassazione annotata, occorre osservare che, in realtà, non viene tanto in rilievo – come anticipato – il contrasto con la disciplina normativa nazionale in tema di divieto della maternità surrogata poiché, in questo caso, la gestazione non avverrebbe per il tramite di

nore. Diversi sono gli snodi che caratterizzano la pronuncia e che pongono, ad esempio, in evidenza la delicata problematica del riconoscimento delle coppie omosessuali quali formazioni sociali ai sensi dell'art. 2 Cost., anche in ragione della sentenza della Corte costituzionale 14 aprile 2010, n. 138. Particolarmente significativo, a nostro avviso, è il passaggio che evidenzia l'importanza della volontarietà nell'assunzione della responsabilità genitoriale della coppia che fa ricorso alla pratica di fecondazione di tipo eterologo e che stabilisce l'intenzione di dar seguito al proprio progetto di vita con la presenza di prole.

- 30 A commento della pronuncia, cfr. A. Schillaci, *Due padri, i loro figli: la Corte d'Appello di Trento riconosce, per la prima volta, il legame tra i figli e il padre non genetico*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2017.
- 31 Per la ricostruzione del dibattito in sede parlamentare in occasione dell'adozione della legge, si vedano, nei ricchi riferimenti bibliografici, F. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, Giuffrè, 2004; C. Casini, M. Casini, M. L. Di Pietro, *Commentario: la legge 19 febbraio 2004, n. 40, norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, Torino, Giappichelli, 2004.
- 32 Cfr. L. Mura, *Effettività del diritto CEDU alla vita familiare e margini di discrezionalità statale nella tutela delle persone vulnerabili*, in *Ordine internazionale e diritti umani. Osservatorio l'Italia e la CEDU*, 2016, 2, pp. 419 ss., osserva che l'ordinamento nazionale si sta sempre più indirizzando per una tutela sostanziale del minore al fine di salvaguardarne il benessere psico-fisico, ad esempio nel mantenimento, in caso di adozione, di rapporti con la famiglia di origine, oppure nel mantenimento dei rapporti con entrambi i genitori, anche a seguito della loro separazione.
- 33 In particolare, il giudice trentino nell'ordinanza citata chiarisce che sicuramente il superiore interesse del minore non assurge a principio inviolabile; tuttavia, questo essere "compresso" solo nella comparazione con altri interessi di rilevanza costituzionale vincolanti per il legislatore ordinario.

una donna estranea alla coppia. Al contrario, verrebbe in discussione la possibilità di introdurre nell'ordinamento interno una fattispecie giuridica, che consentirebbe l'attribuzione della potestà genitoriale ad una coppia formata da persone dello stesso sesso. La questione relativa infatti alla omogenitorialità risulta tuttora controversa e risulta passibile di diverse soluzioni applicative a seconda della sensibilità del giudice chiamato a pronunciarsi, in assenza di una disciplina legislativa.

Qui ciò che va tutelato è il minore, che è figlio sì di una coppia formata da persone dello stesso sesso, ma che in ogni caso deve essere protetto al fine di consentire un armonico sviluppo psico-fisico e la compiuta realizzazione della propria personalità, nell'esercizio della propria capacità di autodeterminazione.

In questa ottica, risulterebbe ridotto anche il margine di apprezzamento riconosciuto in capo agli Stati membri nella adozione delle rispettive normative, soprattutto nelle materie particolarmente sensibili, come quelle di cui alla vicenda in esame.

Sebbene nella normativa interna, ossia nella l. n. 76/2016, non si faccia riferimento alla possibilità per le coppie dello stesso sesso di poter avere figli, l'approccio pratico che sembrano privilegiare i giudici di legittimità è teso alla salvaguardia della stabilità del nucleo familiare che si è di fatto formato<sup>34</sup> e nel quale si trova a crescere il minore.

La genitorialità, in questo modo, assume connotati nuovi, che tendono alla garanzia di posizioni affettive e familiari allargate. Leggendo tra le parole della Corte, sembra ragionevole affermarsi che la *responsabilità genitoriale*<sup>35</sup> non si esaurisce nel momento del parto, ma richiede un impegno costante<sup>36</sup> per favorire lo sviluppo del figlio nel perseguimento delle proprie aspirazioni e delle proprie inclinazioni.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni svolte dai giudici di legittimità, potrebbe affermarsi che per modificare ovvero per introdurre una norma basterebbe "approvarne" un'altra; al contrario, per cambiare una mentalità, soprattutto se strutturata nella coscienza sociale prevalente, ci vogliono generazioni e il contributo di un sufficiente grado di *buon senso*.

34 Sul punto, è particolarmente efficace il ragionamento di A. Lorenzetti, *La tutela della genitorialità omosessuale fra dignità e uguaglianza*, cit., 90, che evidenzia la differenza tra il diritto ad un figlio, nel momento della mera volontà e nel successivo momento al mantenimento di una genitorialità già posta in essere, quando afferma che "l'ordinamento non può sottrarsi ad una tutela della genitorialità omosessuale, diversamente risultandone inciso un diritto fondamentale dell'individuo, intendendosi il diritto del minore, nel cui best interest bisognerebbe operare, e il diritto non di chi aspiri ad essere genitore, ma di chi genitore già sia" (corsivi nostri).

35 Responsabilità genitoriale, questa, che alla luce dell'evoluzione della concezione di famiglia e delle possibilità espressive, andrebbe ricalibrato anche nei riferimenti normativi. A tal riguardo, G. Famiglietti, *Filiazione e procreazione. Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania 7-8 giugno 2013 "La famiglia davanti ai suoi giudici"*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 53, evidenzia l'anacronistica applicazione dell'art. 12 CEDU ("diritto a contrarre matrimonio"), che verrebbe ad escludere dal diritto al figlio le coppie omosessuali e che, invece, dovrebbe essere interpretato in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

36 Cfr. G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore*, cit., sottolinea come la responsabilità si fondi anche in assenza di derivazione genetica o di apporto biologico, come accade nel caso di donazione di gameti o di gestazione per altri.

Alessandra Viviani\*

## Paradiso e Campanelli di fronte alla Grande Camera: un nuovo limite per le “famiglie di fatto”?

### Sommario

1. Introduzione – 2. La decisione della Grande Camera nel caso Paradiso e Campanelli c. Italia – 3. Il concetto di vita familiare alla luce della prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo – 4. La scarsa attenzione della Corte all'interesse superiore del minore – 5. Conclusioni

### Abstract

La decisione della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo si segnala come un esempio di giurisprudenza conservatrice. La Corte, nel tentativo di non comprimere il margine di apprezzamento degli Stati nella questione molto dibattuta della maternità surrogata, finisce per adottare una definizione di “vita familiare” che mal si concilia con la prassi precedente. In maniera ancora più grave, la Corte sembra far prevalere questo approccio di cautela su di una adeguata considerazione dell'elemento dell'interesse superiore del bambino.

*The decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in the Paradiso and Campanelli case is an example of conservative approach. As an attempt not to decreasing the margin of appreciation of Member States with reference to the question of surrogacy, the Court ends up by adopting a definition of “family life” which is not in line with the previous case law on the matter. Even more seriously, according to the Court such a precautionary approach seems to prevail respect to a proper consideration of the element of the best interest of the child.*

### 1. Introduzione

Con la decisione del 24 gennaio 2017 la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>1</sup> ha messo la parola fine ad una vicenda che era iniziata con la decisione della Camera del 2015 e che dato origine ad un acceso dibattito sia in dottrina che nella pubblica opinione<sup>2</sup>.

\* Professore associato di Tutela internazionale dei diritti umani.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a referee a doppio cieco.

1 Corte Edu, sentenza del 24 gennaio 2017, ricorso 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*.

2 Cfr. V. Nardone, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Paradiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 113 ss.; F. Perrini, *La lunga vicenda relativa al caso Paradiso e Campanelli: la Grande Camera assolve l'Italia per aver disposto l'allontanamento di un minore nato da un contratto di maternità surrogata*, ivi, p. 129 ss.; I. Andrò, *La Grande Chambre si pronuncia sul caso Paradiso e Campanelli: niente condanna per l'Italia, ma ancora dubbi in tema di maternità surrogata*, 26 gennaio 2017, in [www.rivista.eurojus.it](http://www.rivista.eurojus.it); E. Ignovska, *Paradiso and Campanelli v. Italy: Lost in Recognition. Filiation of an Adopted Embryo born by a Surrogate Woman in a Foreign Country*, 4 aprile 2017, in Strasbourg Observer Blog, reperibile on line <https://strasbourgobservers.com>.

La vicenda dei coniugi Paradiso e Campanelli è in realtà piuttosto semplice e certamente rappresentativa del percorso seguito da molte coppie. I due coniugi, infatti, visto l'insuccesso delle pratiche di fecondazione assistita, si recano in Russia per accedere alla maternità surrogata con l'utilizzo dello sperma del marito. Alla nascita del bambino, la madre surrogata dichiara il proprio consenso all'iscrizione del neonato nel registro dello stato civile come figlio dei due coniugi italiani, così come risulta dal certificato rilasciato dalla competente autorità russa. I coniugi italiani trasmettono gli atti al Consolato, come prevede la normativa in materia, e portano il bambino in Italia. Tuttavia, al momento della trascrizione di quel del certificato di nascita all'anagrafe del Comune di residenza, si vedono rifiutare la richiesta, poiché il certificato stesso, secondo le autorità italiane, sarebbe stato falso. Contestualmente il Tribunale dei minori di Campobasso inizia il procedimento per l'allontanamento del bambino dalla casa familiare ed ordina un test del DNA, dal quale risulta che il ricorrente non è il padre naturale del bambino. Il bambino viene quindi allontanato dai genitori per essere affidato ai servizi sociali. La decisione viene confermata dalla Corte di Appello che dichiara definitivamente lo stato di abbandono e l'adottabilità del minore.

Si tratta certamente di una vicenda che solleva questioni particolarmente delicate, prima fra tutti quella della maternità surrogata e della tutela dei diritti dei bambini e delle bambine nati in seguito a questa pratica; tuttavia, per le ragioni che andremo ad esporre, non ci pare che la decisione adottata a Strasburgo possa essere salutata con favore, proprio perché, a nostro avviso, non mette al centro del discorso i diritti dei minori, ma sembra invece concentrarsi su un'interpretazione piuttosto formalistica del concetto di vita familiare e del legame fra "genitori" e figli. Non solo, leggendo questa decisione sorge il dubbio che l'approccio conservativo seguito a Strasburgo rappresenti in realtà un tentativo di lasciare spazio a posizioni statali di censura di certe forme di genitorialità.

## 2. La decisione della Grande Camera nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*

Nella propria decisione del 27 gennaio 2015<sup>3</sup>, emessa a favore dei ricorrenti, l'attenzione della Camera si era concentrata sulle questioni relative all'interpretazione dell'art.8 della Corte Edu e dunque alla violazione del diritto alla vita familiare dei ricorrenti, mentre essa non si era pronunciata sul rifiuto delle autorità nazionali di trascrivere il certificato di nascita estero. In particolare, dopo aver osservato che il concetto di vita familiare non è limitato alle relazioni fondate sul matrimonio (§67), la Camera si era interrogata sulla decisione adottata dalle autorità nazionali in merito all'allontanamento del minore dalla casa dei ricorrenti e alla carenza di adeguata motivazione e proporzionalità. Per questi motivi e per la scarsa considerazione prestata dai giudici nazionali all'interesse del bambino, i giudici di Strasburgo avevano ritenuto sussistere una violazione dell'art.8.

La Grande Camera, con 11 voti favorevoli e 6 contrari, è invece giunta alla conclusione che non vi sia stata alcuna violazione del margine di apprezzamento di cui godono gli Stati nel garantire i diritti in materia di vita privata e familiare.

Ripercorriamo il ragionamento della Corte per comprendere le ragioni di questo rovesciamento di prospettiva.

Punto di partenza nel ragionamento della Corte è la constatazione che il bambino non ha nessun legame genetico con i ricorrenti (§131). Pertanto non possono trovare applicazione i principi espressi dalla stessa Corte nei casi *Mennesson* e *Labassee*<sup>4</sup>, nei quali il rifiuto della trascrizione del certificato di nascita estero riguardava bambini sì nati attraverso la maternità surrogata, ma con un legame genetico con i padri ricorrenti. È dunque necessario interrogarsi sull'applicabilità dell'art.8, e più specificamente sull'esistenza di una "vita familiare", che il Governo italiano nega sulla base appunto della mancanza di legame biologico fra le persone coinvolte e del comportamento in frode alla legge tenuto dai ricorrenti. Secondo la Grande Camera, in linea con la prassi precedente<sup>5</sup>, l'esistenza della vita familiare è questione

3 Su questa decisione v., I. Anrò, *Surrogacy in the context of the Council of Europe and of the European Union: is it compatible with the European catalogues of human rights?*, in questa Rivista, 2016, 1, p. 22 ss.; A. Viviani, *Il caso Paradiso e Campanelli ovvero la Corte europea contro i "pregiudizi" dei giudici nazionali*, in [www.SIDBlog.org](http://www.SIDBlog.org), 3 febbraio 2015.

4 Corte Edu, sentenza del 26 giugno 2014, *Mennesson c. Francia*, ricorso 65192/11, e *Labassee c. Francia*, ricorso 65941/11. Cfr. S. Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.

5 Cfr. in particolare Corte Edu, sentenza del 27 aprile 2010, *Moretti e Benedetti c. Italia*, ricorso 16318/07.

di fatto e dipende dalle circostanze e dai rapporti che uniscono i genitori con i figli, al di là del legame biologico. Tuttavia, nel caso di specie, i giudici non ritengono che si possa parlare di vita familiare poiché l'esistenza di un "project parental" e di un forte legame affettivo non sono sufficienti, data la breve durata della coabitazione (8 mesi dalla nascita), a controbilanciare la mancanza di un legame biologico e giuridico (§156-157).

Quanto alla possibile violazione della vita privata dei ricorrenti, la Grande Camera ritiene che le decisioni delle autorità italiane siano lecite, in quanto volte sia alla tutela dell'ordine pubblico, rappresentato dall'esigenza di rispettare le scelte nazionali in materia di fecondazione assistita e adozione internazionale, sia alla tutela dei diritti e delle libertà altrui (§177). I giudici ritengono, inoltre, che le decisioni adottate dalle autorità nazionali siano proporzionate, poiché l'interferenza con la vita privata dei ricorrenti è giustificata dalla necessità di evitare che si arrivi a "légaler" una situazione "en violation de règles importantes du droit italien" (§215).

### 3. Il concetto di vita familiare alla luce della prassi della Corte europea dei diritti dell'uomo

La ricostruzione operata dalla Grande Camera non appare, a nostro avviso, del tutto coerente con la prassi in materia di interpretazione dell'art. 8. L'importanza che riveste l'art.8 nel disegnare lo spazio europeo di tutela dei diritti umani è da tempo segnalata in dottrina<sup>6</sup>. La centralità della protezione riservata alla vita privata e familiare risiede nel fatto che, tramite l'art.8, il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tutela la dignità, l'autonomia e l'identità personale degli individui rispetto alle ingerenze indebite dell'autorità statale<sup>7</sup>. Ed è proprio attraverso questa tutela che i giudici di Strasburgo hanno elaborato nel tempo un'interpretazione evolutiva del testo, grazie soprattutto alla definizione del concetto di obblighi positivi di natura sostanziale e procedurale<sup>8</sup>, giungendo a garantire la posizione degli individui anche in fattispecie che indubbiamente non erano previste nelle intenzioni degli estensori della Convenzione<sup>9</sup>.

Negli ultimi decenni, infatti, attraverso alcune significative pronunce si è venuta definendo una nozione di vita familiare sicuramente "allargata" rispetto a quanto originariamente inteso dalla Convenzione<sup>10</sup>. La Corte ha ribadito che la nozione di "vita familiare" ai sensi dell'art. 8 della Convenzione non si limita alle relazioni matrimoniali e può comprendere altri legami di "famiglia" di fatto, in cui le parti vivono insieme fuori dal matrimonio. Un figlio nato da un tale rapporto è *ipso jure* parte di quella unità "familiare" dal momento, e per il fatto stesso, della nascita<sup>11</sup>.

Di norma, secondo la Corte, la convivenza è un requisito necessario per il riconoscimento di una relazione che equivale alla vita familiare. Tuttavia, altri fattori possono servire a dimostrare che tale relazione ha una costanza sufficiente a creare "legami familiari" di fatto<sup>12</sup>. In particolare secondo i giudici deve essere presa in considerazione, ad esempio, la durata del rapporto, la rilevanza delle relazioni af-

6 Cfr., fra gli altri, C. Pitea, L.Tomasi, "Articolo" 8, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, S.Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, Cedam, 2012, p. 297 ss.; R.C.A. White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford, 2010, p. 334 ss.; M.Janis, R.Kay, A.Bradley, *European Human Rights Law: Text and Materials*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 375 ss.; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13 ème ed., Presses Universitaires de France 2016, p.

7 Cfr. A. Viviani, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

8 Sulla definizione del concetto di obblighi positivi da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. D. Shelton, A.Gould, *Positive and negative Obligations*, in *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, D. Shelton (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 562 ss.; J.F. Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Handbooks*, N° 7, Strasbourg, 2007; S. Borrelli, *Positive Obligations and the Protection of Human Rights*, in *Interrights Bulletin*, 2006, p. 1 ss.; A. Mowbray, *Human Rights in Perspective: The development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Hart, 2004.

9 Basti pensare ai temi legati ai diritti delle persone omosessuali, o alle questioni legate all'inquinamento.

10 Cfr. F. Pesce, *La tutela europea di diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 5 ss.

11 Corte Edu sentenza del 26 maggio 1994, *Keegan c. Irlanda*, ricorso n. 16969/90, § 44; Corte Edu, sentenza del 1° giugno 2004, *L. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 45582/99; e Corte Edu, sentenza del 2 giugno 2005, *Znamenskaya c. Russia*, ricorso n° 77785/01, §26.

12 Corte Edu, sentenza del 27 ottobre 1994, § 30, *Kroon e al. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 18535/91.



fettive esistenti e dei progetti comuni realizzati<sup>13</sup>. Specie nei casi in cui vi sia la presenza di figli, la mancata coabitazione, sia essa legata a divorzio o separazione o ad altre scelte personali, non fa venir meno la presenza del legame familiare che può essere dimostrato, ad esempio, dalla costanza degli incontri e dalla condivisione delle scelte di vita del nucleo familiare<sup>14</sup>.

Inoltre, la Corte ha ritenuto che la vita familiare possa, eccezionalmente, rientrare nell'ambito dell'art. 8, anche qualora essa sia solo "potenziale". In particolare, laddove le circostanze lo giustifichino, la "vita familiare" deve estendersi alla potenziale relazione che si può sviluppare tra un figlio nato fuori dal matrimonio ed il padre naturale<sup>15</sup>.

I giudici di Strasburgo, come noto, hanno anche ribadito che il rapporto di una coppia di persone dello stesso sesso, che convivono in una relazione stabile, *de facto* rientra nella nozione di "vita familiare", proprio come il rapporto di una coppia di sesso diverso nella stessa situazione<sup>16</sup>. Non solo, la Corte ha dichiarato che il rapporto tra due donne che vivevano insieme e avevano stipulato una partnership civile e il figlio concepito una di esse per mezzo di una fecondazione assistita, costituiva "vita familiare" ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione.

La Corte ha anche osservato come i legami familiari, proprio perché basati sull'esistenza di fatto di relazioni affettive, comprendono anche i legami tra parenti, ad esempio quelli tra nonni e nipoti o tra zii e nipoti<sup>17</sup>. Il "rispetto" per una vita familiare così intesa implica un obbligo per lo Stato di agire in modo da consentire che tali legami si sviluppino normalmente<sup>18</sup>.

Nell'area delle relazioni familiari, lo Stato, quindi, non solo è tenuto ad astenersi dal prendere misure che ostacolerebbero l'effettivo godimento della vita familiare, ma, a seconda delle circostanze di ogni caso, è tenuto ad adottare misure positive volte ad assicurare l'esercizio effettivo di tali diritti, garantendo il raggiungimento di un equo equilibrio tra gli interessi concorrenti in gioco - quelli del bambino, del o dei genitori e dell'ordine pubblico, nei limiti del margine di apprezzamento concesso agli Stati in tali questioni, tenendo tuttavia presente che l'interesse superiore del minore deve essere la considerazione principale<sup>19</sup>.

Dalla brevissima disamina che precede della prassi della Corte europea risultano evidenti, a nostro avviso, alcuni aspetti che paiono di particolare rilevanza: a) l'esistenza di una famiglia dipende dalle

13 Core Edu, sentenza del 20 settembre 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, ricorso n. 50963/99;

14 Corte Edu, sentenza del 24 aprile 1996, *Boughanemi c. Francia*, ricorso n. 22070/93. Osservano i giudici di Strasburgo: "...The concept of family life on which Article 8 is based embraces, even where there is no cohabitation, the tie between a parent and his or her child, regardless of whether or not the latter is illegitimate".

15 I fattori rilevanti che possono determinare l'esistenza reale in pratica di stretti legami personali in questi casi includono la natura del rapporto tra i genitori naturali e un interesse dimostrato e l'impegno del padre al bambino sia prima che dopo la nascita (v. Corte Edu, sentenza del 22 giugno 2004, *Pini e al. c. Romania*, ricorsi nn. 78028/01 e 78030/01 §§ 143; Corte Edu, sentenza del 29 giugno 1999, *Nylund c. Finlandia*, ricorso n. 27110/95, Corte Edu, sentenza del 19 giugno 2003, *Nekvedavicius c. Germania*, ricorso n. 46165/99; anche Corte Edu, sentenza del 18 maggio 2006, *Rózański c. Polonia*, ricorso n. 55339/00, § 64; Corte Edu, sentenza del 21 dicembre 2010, *Anayo c. Germania*, ricorso n. 20578/07, § 55-57; Corte Edu, *Genovese c. Malta*, sentenza dell'11 Ottobre 2011, ricorso n. 53124/09, § 29.

16 Corte Edu, sentenza del 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf c. Austria*, ricorso n. 30141/04; Corte Edu, sentenza del 31 agosto 2010, *Gas et Dubois c. Francia*, ricorso n. 25951/07. Cfr. C. Ragni, *La tutela delle coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della corte europea dei diritti umani: il caso Schalk e Kopf*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 639 ss.; C. Fatta, M.M. Winkler, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 525 ss. Coerentemente si veda la decisione Corte Edu, sentenza del 21 luglio 2015, *Oliari e al. c. Italia*, ricorsi 18766/11 e 36030/11; D. Rudan, *L'obbligo di disporre il riconoscimento giuridico delle coppie dello stesso sesso: il caso Oliari e altri c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p.190 ss.

17 Corte Edu sentenza del 9 febbraio 1993, *Boyle c. Regno Unito*, ricorso n. 16580/90.

18 Corte Edu, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, serie A n. 31, pag. 21, § 45; Corte Edu, sentenza del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, ricorso n. 39221/98 & 41963/98, §221.

19 Corte Edu, sentenza del 19 settembre 2000, *Gnahoré c. Francia*, ricorso n. 40031/98, § 59; Corte Edu sentenza del 21 febbraio 2012, *Karrer c. Romania*, ricorso n. 16965/10, § 37-38. Secondo i principi stabiliti dalla Corte nella sua giurisprudenza, quando l'esistenza di un legame familiare con un figlio è riconosciuta, lo Stato deve agire in modo da consentire la formazione di tale legame e stabilire garanzie giuridiche che rendano possibile l'integrazione del bambino nella famiglia. (caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ricorso n. 76240/01, sentenza del 28 giugno 2007). Sulla tutela dei minori all'interno della famiglia nella prassi della Corte europea cfr., fra gli altri, U. Kil Kelly, *The Right to Respect for Private and Family Life: A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Press, 2001, reperibile on line, <https://rm.coe.int/168007ff47>; U. Kil Kelly, *The CRC in Litigation under the ECHR*, in T. Liefgaard, J.E. Doek (eds), *Litigating the Rights of the Child*, Dordrecht, 2014, p. 193 ss.

circostanze di fatto; b) vi può essere “vita familiare” al di là del legame biologico esistente fra i soggetti coinvolti; c) la coabitazione e la presenza continua non sono elementi necessitanti.

Questi aspetti paiono incontestabili nella prassi della Corte ed avrebbero dovuto rappresentare il fondamento anche della decisione della Grande Camera. Invece, come abbiamo sopra osservato, in questo caso i giudici di Strasburgo ritengono che il periodo di 8 mesi trascorso dal bambino insieme ai ricorrenti, nonostante l'esistenza di un legame affettivo e di un vero progetto genitoriale, non sia sufficiente a creare “vita familiare”. La valutazione, dunque, appare concentrarsi su termini puramente quantitativi, anziché qualitativi, e questa attenzione alla “quantità” del periodo trascorso insieme, a discapito di ogni altra considerazione, rende, a nostro avviso, la decisione poco condivisibile<sup>20</sup>. Ed in effetti una simile conclusione è rafforzata anche dalla lettura dell'Opinione dissenziente dei giudici Lazarova Trajkoska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev che affermano che, nel proprio ragionamento, i giudici di maggioranza paiono accordare un peso al fatto che la vita familiare fosse stata comunque iniziata dai ricorrenti in maniera contraria al diritto italiano e che pertanto il legame instauratosi con il bambino fosse “precario” da un punto di vista giuridico. Queste considerazioni, affermano i cinque giudici, parrebbero indicare una distinzione fra famiglie legittime e famiglie naturali che deve invece ormai da tempo ritenersi del tutto superata nel sistema europeo di tutela dei diritti umani (§4). Inoltre, sempre secondo i giudici di minoranza, la brevità del tempo trascorso insieme non può essere l'unica considerazione, ma avrebbe dovuto essere collegata al fatto che i ricorrenti si sono sempre comportati come “genitori” fin da prima della nascita del bambino (§ 5). Correttamente i giudici di minoranza mettono in luce che, nella valutazione dell'esistenza di un legame di fatto, l'assenza di un appropriato legame giuridico non dovrebbe avere rilievo. Se, infatti, l'esistenza di una “famiglia” di fatto, cioè per definizione non dipendente da legami genetici o giuridici, fosse valutata dai giudici alla luce dell'assenza di tali elementi, non è sarebbe più chiaro quali possano essere in futuro, per la Corte europea, le “famiglie di fatto”<sup>21</sup>. Apparentemente, dopo questa decisione, solo quelle nelle quali la coabitazione abbia avuto una lunga durata, la cui entità peraltro non viene precisata, senza alcuna considerazione per la valenza dei legami affettivi ed emotivi sviluppatasi.

#### 4. La scarsa attenzione della Corte all'interesse superiore del minore

Se la decisione della Grande Camera di non riconoscere nel caso di specie la tutela prevista dall'art.8 in materia di vita familiare non pare convincente, ancora meno, a nostro avviso, sembra condivisibile il ragionamento seguito dai giudici della maggioranza nella valutazione dell'appropriatezza della misura di allontanamento del minore e della dichiarazione dello stato di abbandono, adottate dai giudici italiani.

Anche in questo caso ci sembrano molto più convincenti alcuni passaggi dell'opinione dei giudici dissenzienti che richiamano la precedente decisione della Camera.

La questione centrale è, infatti, quella di valutare se l'allontanamento del bambino dai ricorrenti sia avvenuto nel rispetto del principio dell'interesse superiore del minore che, come noto, deve trovare applicazione in ogni decisione adottata dalle pubbliche autorità (e non solo) che riguardi la sua vita.

Nella giurisprudenza della Corte europea la rottura dei legami familiari e l'allontanamento del minore vengono da sempre ritenuti un'ingerenza dello Stato nella sfera privata e familiare dei ricorrenti, che, in quanto tale, deve appunto sottostare al test di necessità e proporzionalità di cui al secondo comma dell'art. 8. La Corte ha sempre affermato come l'allontanamento debba avvenire solo in circostanze eccezionali e come misura di *extrema ratio*, al fine di per proteggere il superiore interesse del bambino<sup>22</sup>.

20 Critico su questo elemento di analisi quantitativa anche M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso Paradiso et Campanelli*; in AIC, Osservatorio Costituzionale, 2017, fasc.1, disponibile on line <http://www.osservatorioaic.it/author/611>; v. anche L. Poli, *La Grande Camera e l'ultima parola sul caso Paradiso et Campanelli*, in SIDiblog reperibile on line <http://www.sidiblog.org/2017/02/21/la-grande-camera-e-lultima-parola-sul-caso-paradiso-e-campanelli/>

21 Su questo punto v. anche M. Gervasi, *op.cit.*, p. 5.

22 Corte Edu, sentenza del 7 agosto 1996, *Johansen c. Norvegia*, ricorso n. 17383/90 § 78. Cfr. Anche *Görgülü c. Germania*, ricorso n. 74969/01, sentenza del 26 febbraio 2004, §48. La Corte ha dichiarato: “è chiaro che è ugualmente nell'interesse del minore che i suoi legami con la sua famiglia siano mantenuti, salvo i casi in cui la famiglia si sia dimostrata particolarmente inadatta. Tagliare questi legami significa tagliare un figlio dalle sue radici. Ne consegue che l'interesse del bambino impone che i legami familiari possano essere esclusi solo in circostanze eccezionali e che tutto deve essere fatto per preservare le relazioni personali e, se e quando opportuno, «ricostruire» la famiglia”. In tal senso, per esempio, Corte Edu, *Gnahoré c. Francia*, citata, § 59; Corte Edu, sentenza del 18 dicembre 2008, *Saviny c. Ucraina*, ricorso n. 39948/06, § 49.

Una decisione di tale portata deve dunque essere sostenuta da considerazioni sufficientemente pregnanti nell'interesse del minore e spetta alle autorità nazionali preposte verificare che sia stata effettuata un'attenta valutazione dell'impatto che la misura stessa avrà sia sui genitori che sul figlio<sup>23</sup>.

Nel prendere una simile decisione una varietà di fattori, secondo la Corte europea, può essere presa in considerazione. Tra questi, andrebbe valutato se, in caso di permanenza nella cura dei genitori, il bambino subirebbe abusi, carenze educative e mancanza di sostegno emotivo, o se il collocamento dei figli presso strutture di assistenza pubblica risulti necessario in base allo stato della loro salute fisica o mentale<sup>24</sup>. D'altra parte, il semplice fatto che un bambino possa essere posto in un ambiente più favorevole per la sua crescita e la sua educazione non giustifica, di per sé, l'adozione di una misura di rimozione<sup>25</sup>. Né questa misura può essere giustificata da un semplice riferimento alla precaria situazione economica dei genitori, che potrebbe essere affrontata con mezzi meno radicali rispetto all'allontanamento<sup>26</sup>.

Molto opportunamente la Corte ha inoltre segnalato che, nel valutare la qualità del processo decisionale che porta alla scissione della famiglia in base ai parametri dell'art. 8, essa considererà in particolare se le conclusioni delle autorità nazionali si basino su sufficienti elementi di prova<sup>27</sup>.

Da quanto emerge dalla prassi della Corte europea, il principio del superiore interesse del minore deve considerarsi come un criterio interpretativo preponderante in tutte le controversie concernenti i minori e trovare applicazione anche in materie non ancora regolate dal diritto<sup>28</sup>.

Il principio del "best interests" ha indubbiamente avuto un grande successo fin dalla sua introduzione ed è richiamato in numerose convenzioni e documenti internazionali sulla tutela dell'infanzia; non solo, il suo utilizzo è spesso presente nelle decisioni dei giudici nazionali in vari contesti<sup>29</sup>. Certamente esso forma oggetto, come abbiamo accennato, anche di continui richiami da parte della Corte europea<sup>30</sup>; tuttavia, in molti casi, come a noi sembra quello della decisione della Grande Camera in *Paradiso e Campanelli*, si tratta di un richiamo ad una "formula di stile" più che ad un principio generale di diritto.

Ci pare quindi opportuno esaminare quale debba considerarsi il contenuto di tale principio, per coglierne appieno la portata interpretativa e di *standard setting*<sup>31</sup>.

23 Corte Edu, ad esempio, *Scozzari e Giunta c. Italia* [GC], citata, § 148.

24 Corte Edu, sentenza del 26 ottobre 2006, *Wallová e Walla c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 23848/04; e Corte Edu, sentenza del 21 giugno 2007, *Havelka e al. c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 23499/06, § 57.

25 Corte Edu *CA c. Finlandia*, ricorso n. 27751 / 95, § 92.

26 Corte Edu, sentenza del 21 settembre 2006, *Moser c. Austria*, ricorso n. 12643/02, § 61; *Wallová e Walla*, cit., §§ 73-76, e *Havelka e altri*, citata, § 61.

27 Corte Edu *Remmo e Uzunkaya c. Germania*, ricorso n. 5496/04, sentenza del 20 marzo 2007; *Polášek c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 31885/05, sentenza dell'8 gennaio 2007.

28 Cfr. J. Eekelaar, *Interests of the child and the child's wishes*, in P. Alston (eds), *The best interests of the child*, Oxford, 1994, p. 57; E.S. Sutherland, L.A. Barnes Macfarlane (eds), *Implementing Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child*, Cambridge, 2016..

29 La dottrina sul principio del *best interests of the child* è assai ampia. Si vedano, tra gli altri, J. Eekelaar, *Interests of the child and the child's wishes*, in P. Alston (ed), cit., 57; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, The Hague, 2002; M. Freeman, *Article 3 – The best interests of the child*, Leiden – Boston, 2007; T. Buck, *International Child Law*, London, 2014; G. Alves de Faria, *Sexual Orientation and the ECtHR: what relevance is given to the best interests of the child? An analysis of the European Court of Human Rights' approach to the best interests of the child in LGBT parenting cases*, in *Family & Law*, 2015, reperibile on line. In Italia, fra gli altri, G. Turri, *La valutazione dell'interesse del minore. Profili giuridici e profili psicologici*, in 1, *Questione Giustizia*, 2000, pp. 705-719; C. Focarelli, *La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 981-993; R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.

30 In dottrina si è affermato: "yet because the principle of the best interests of the child is not expressly enshrined in the European Convention the manner in which the principle has been applied by the European Court of Human Rights makes it difficult to determine the weighting of the many components constituting best interests, and when the principle of the best interests will be applied as the overriding principle", G. Van Bueren, *Pushing and pulling in different directions – The best interests of the child and the margin of appreciation of States*, in *Child Rights in Europe*, Council of Europe 2007, p. 32 ss., spec. p. 36.

31 Occorre ricordare che vi sono delle differenze fra il testo inglese e quello francese della Convenzione. In base al testo inglese sembrerebbe di dover operare un bilanciamento tra i diversi del minore e tra questi e gli interessi degli adulti; invece in base al testo francese, si devono far prevalere gli interessi del bambino senza bilanciamenti. Allo stesso modo ci si può chiedere quale sia il rapporto tra interessi del minore ed i diritti ad esso attribuibili dalla Convenzione. Cfr. C. Focarelli, *La convenzione di New York*, cit., spec. pp.987-989. Sottolinea il pericolo di un ricorso al principio del "best interests" in luogo di una corretta definizione dei diritti dei bambini N. Cantwel, *Are Best Interests a Pillar or a Problem for Implementing the Human Rights of Children?*, in *The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead*, T. Liefaard, J. Soth-Nielsen (eds), Leiden-Boston, 2017, pp.61-72.



Come noto la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dei bambini e degli adolescenti costituisce il risultato di un lungo e complesso iter di elaborazione<sup>32</sup> ed ha prodotto quella che viene da molti definita come una vera e propria rivoluzione culturale, poiché finalmente riconosce il bambino non come oggetto di paternalistica attenzione, data la sua posizione di vulnerabilità, quanto piuttosto come vero e proprio “portatore di diritti”, diritti che Stato, famiglia e società in generale sono obbligati a riconoscere e garantire.

In quest’ottica, come chiaramente affermato dal Commento Generale N° 14 del Comitato dei diritti dell’infanzia, il principio del “*best interests*” riveste un carattere sia sostanziale che procedurale<sup>33</sup>: Sostanziale, nel senso che implica il diritto del minore a che la protezione dei suoi interessi rappresenti comunque un obiettivo prioritario<sup>34</sup>; procedurale, nel senso che la decisione adottata nei suoi confronti deve contenere necessariamente una valutazione e deve dimostrare che tale interesse è stato preso in considerazione ed in base a quali criteri ciò sia avvenuto<sup>35</sup>.

Certamente si tratta di una nozione vaga e secondo alcuni non sufficientemente precisa<sup>36</sup>; tuttavia, questo alto grado di flessibilità consente all’interprete di poter procedere ad una valutazione caso per caso, essenziale per garantire un’effettiva tutela dei diritti del minore<sup>37</sup>.

A tal fine, il principio dell’interesse superiore rappresenta un criterio sia per valutare che tutti i diritti del minore siano rispettati e che ne siano assicurati il pieno ed effettivo esercizio; sia per consentire a coloro che devono prendere delle decisioni di operare scelte adeguate fra posizioni contrapposte. Il principio quindi viene in gioco solo laddove non sia chiaro quale sia il contenuto dei diritti del minore coinvolto<sup>38</sup>.

Risulta quindi evidente l’importanza di questo approccio duplice, sostanziale e procedurale, che viene messa in luce in dottrina<sup>39</sup> ed è particolarmente rilevante proprio rispetto al rapporto fra questo principio e l’art.8 della Convenzione Edu, in particolare relativamente agli obblighi positivi che da esso derivano nei confronti degli Stati membri.

Nella loro opinione i giudici di minoranza osservano come, nei casi di allontanamento familiare, l’interesse superiore del minore derivi dalla presa in considerazione di due aspetti: il diritto del bambino a mantenere i propri legami familiari, a meno che questi non rappresentino per lui un pericolo, e il diritto a svilupparsi in un ambiente “sano”. In questi casi è pur vero che la valutazione spetta al giudice nazionale, tuttavia è necessario, ai sensi dell’art.8, che questo si pronunci con una decisione ben motivata proprio su tali aspetti. In particolare, secondo i giudici di minoranza, si sarebbe dovuto accertare che la sentenza adottata dalla Corte d’appello italiana sull’allontanamento del bambino fosse fondata su una simile analisi. In questo caso la decisione di dichiarare il bambino in stato di abbandono è, invece, stata adottata sul presupposto formale dell’assenza in Italia dei genitori del bambino, poiché i ricorrenti non potevano considerarsi giuridicamente tali, senza che nessuna considerazione sia stata data ai legami familiari di fatto esistenti. Non solo, nella decisione delle autorità italiane non viene affrontata in nessun modo la questione se l’allontanamento definitivo del bambino sia in effetti nel suo

32 Cfr. N. Cantwell, *Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant*, in *Défense des Enfants International Normes internationales relatives aux droits de l’enfant*, I, Ginevra, 1995, p. 2 ss.; R. Hodgkin, P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3<sup>rd</sup> ed., UNICEF, 2007; T. Liefgaard, J. Soth-Nielsen (eds), *The United Nations Convention on the Rights of the Child*, cit.

33 Committee on the Convention on the Rights of the Child, General Comment N° 14, *The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), U.N. Doc. CRC/C/GC/14 (2013)

34 “This provision imposes an obligation on States that the best interest of the child/children must be an immediate consideration during the decision-making process (in all actions)” J. Zermatten, *The Best Interests of the Child: Literal Analysis, Function and Implementation*, Sion Institut international des droits de l’enfant, 2009, spec. p. 16, reperibile on line [http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr\\_best-interest-child2009.pdf](http://www.childsrights.org/documents/publications/wr/wr_best-interest-child2009.pdf).

35 La rilevanza processuale del principio del “*best interests*” è del resto evidente laddove si consideri anche l’introduzione della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei minori del 1996, entrata in vigore il 1 Luglio del 2000. Cfr. G. Sergio, *La ratifica della Convenzione europea sull’esercizio dei diritti dei fanciulli: una tappa decisiva verso il riconoscimento della soggettività dei minori nelle relazioni familiari*, in *Psicologia e Giustizia*, 2003.

36 In questo senso cfr. G. Van Bueren, *Pushing and pulling in different directions* cit.

37 Valuta positivamente il principio come strumento interpretativo J. Zermatten, *The Best Interests of the Child*, cit.

38 Si afferma, infatti, in dottrina “*The role of bests interests should only come into play when the guidance and obligations provided by the letter and the spirit on their human rights do not suffice*”, N. Cantwell, op. cit., spec. p. 71.

39 Cfr. per tutti, J. Zermatten, *The Best Interests of the Child* cit., spec. p. 12. Afferma l’Autore: “*This provision imposes an obligation on States that the best interest of the child/children must be an immediate consideration during the decision-making process (in all actions)*”, p. 16.

interesse. Come osservano i giudici di Strasburgo si tratta di una omissione grave. Ancora più grave appare, ai nostri occhi, la mancata considerazione dell'interesse del bambino da parte del Tribunale dei minori che aveva adottato la misura provvisoria di allontanamento, poiché in tale decisione si sostiene che il bambino certamente subirà un trauma ed una sofferenza, i cui effetti non paiono però ai giudici del tribunale gravi e perduranti. A parte il fatto che non è chiaro su quali elementi si basi questa valutazione di "gravità", è ancora meno chiaro come si possa considerare nell'interesse del minore il fatto di subire un trauma, quando non lo si debba proteggere da un pericolo o da una sofferenza ancora più gravi. E questo emerge in maniera ancora più chiara laddove si consideri che nelle relazioni dei servizi sociali si era dichiarato che i ricorrenti si erano presi ottimamente cura del bambino. Il pericolo sarebbe derivato dall'incertezza dei rapporti giuridici esistenti fra minore e ricorrenti, tuttavia, per quanto una simile situazione possa produrre effetti negativi, essa era teoricamente sanabile e non tale da produrre un danno grave alla crescita del bambino.

In realtà, nel caso di specie, l'interesse superiore del bambino non è oggetto di bilanciamento ed ha ceduto il passo alla necessità esplicitata dalle autorità nazionali di rispondere ad una situazione *contra legem* creata dai ricorrenti, in una sorta di "punizione", per un verso, e difesa delle scelte di politica legislativa interna, per l'altro.

Non ci sembra che questo tipo di interpretazione sia in linea con il principio dell'interesse superiore del minore, né dal punto di vista sostanziale, né da quello procedurale. Dal punto di vista sostanziale i giudici nazionali avrebbero dovuto valutare se la misura di allontanamento del minore rappresentasse invero l'unica scelta possibile per tutelare il pieno ed effettivo godimento ed esercizio da parte del bambino del suo diritto ad avere una famiglia ed a mantenere i legami con quella esistente. Come si è detto, non è chiaro da quale danno o pericolo si intendesse difendere il bambino allontanandolo dai ricorrenti. Dal punto di vista procedurale, sia il Tribunale che la Corte d'appello si sono limitati ad un richiamo puramente formale del principio dell'interesse superiore e non hanno svolto alcuna seria indagine né sullo stato dei legami affettivi ed emotivi sviluppati dal minore stesso né sulle conseguenze che recidere tali legami avrebbe in concreto provocato, tenuto conto del fatto che le autorità nazionali sono perfettamente al corrente di quanto lungo e complesso sia l'iter dell'affidamento ai servizi sociali che conduce, in tempi non definibili, ad una eventuale adozione.

Ci pare sorprendente che la maggioranza dei giudici di Strasburgo non abbia preso in considerazione questi elementi, tanto più che l'Italia è stata condannata in più occasioni per l'eccessiva rigidità dell'operato dei propri servizi sociali, che spesso si limitano ad azioni puramente formali nella gestione dei rapporti fra minori e genitori dai quali, per un motivo o per l'altro, questi sono stati separati<sup>40</sup>. I giudici di Strasburgo, invece, hanno accolto l'idea che l'interesse del minore in questo caso fosse quello di avere una situazione familiare giuridicamente "certa" e quindi non contraria al diritto italiano. In questo senso l'interesse superiore del minore verrebbe a coincidere con quello dello Stato<sup>41</sup>. Tuttavia, a nostro avviso, una simile ricostruzione non tiene affatto conto dei legami familiari di fatto sviluppatisi e, proprio per questo, non è conforme alla più corretta interpretazione dell'art.8 della Convenzione Edu.

Come è stato correttamente osservato in dottrina, se è vero che il concetto di interesse superiore del minore è di difficile definizione, nei casi di dubbio si dovrebbe tener conto di una nozione affine che è quella del causare il minor danno possibile al bambino. Questa nozione è certamente più semplice da definire e lascia forse un margine di discrezionalità più ristretto e meno pericoloso nelle mani dell'interprete<sup>42</sup>.

## 5. Conclusioni

La decisione della Grande Camera, una volta stabilito che nel caso di specie non si potesse ritenere esistente una vita familiare di fatto, si concentra sul riconoscimento del margine di apprezzamento. E in vari passaggi la Corte ricorda come, in presenza di delicate scelte di politica legislativa nazionale,

40 Cfr. A. Viviani, *Patologia dei rapporti familiari e diritti dei minori: l'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in memoria di Maria Rita Saulle*, S. Marchisio e al. (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2014, vol. II, p. 1627 ss.

41 Sul punto cfr. anche M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata* cit., spec. p. 10.

42 Cfr. J. Zermatten, *The Best Interests of the Child* cit., spec. p. 16: "the notion of causing the "least pain." It is then this new consideration of "how to cause the least amount of pain possible" which replaces the conception of the best interest of the child and influences the final outcome. Is this a more objective test or achievable ideal? Perhaps not, but this approach would certainly have the advantage of being less dangerous than our subjective best interest principle".



come quelle in materia di riproduzione medicalmente assistita, tale margine debba considerarsi particolarmente ampio. La Corte inoltre sottolinea come la questione della maternità surrogata sia oggetto di diversa disciplina nell'ambito dei paesi membri del Consiglio d'Europa e ciò, come noto, rafforza lo spazio di discrezionalità riconosciuto allo Stato.

Tuttavia, si ha l'impressione che la scelta della Grande Camera di concentrarsi in questo caso sulla definizione dell'esistenza o meno di una vita familiare rappresenti, per i giudici di Strasburgo, piuttosto un *escamotage* interpretativo per non pronunciarsi in merito alla compatibilità delle pratiche di maternità surrogata commerciale con la Convenzione europea. Il risultato è che, in futuro, le decisioni della Corte in fattispecie analoghe, fattispecie cioè in cui non risulti nessun legame genetico fra il minore nato da maternità surrogata e i genitori acquisiti, verranno vagliate, rispetto alle possibili violazioni dell'art.8, solo laddove si dimostri l'esistenza di un lungo periodo di convivenza fra il bambino e genitori acquisiti. Non pare necessario dilungarsi sul fatto che, in questo modo, si è resa ancora più incerta la posizione giuridica di questi nuclei familiari.

Come abbiamo sopra osservato, le scelte adottate dalla Grande Camera sono criticabili anche, e forse di più, sotto un diverso profilo, che è appunto quello della tutela del minore. Sembra infatti che la Grande Camera sia giunta alla conclusione che per i bambini nati in famiglie "non legittime" e che siano privi di legami genetici con i genitori, l'allontanamento della casa familiare non debba più essere inteso come una *extrema ratio*. In questi casi sembrerebbe, leggendo la decisione che qui si commenta, che sia possibile per il minore subire il trauma dell'allontanamento ad opera delle autorità nazionali, non per proteggerlo da un pericolo o da un danno, da valutarsi caso per caso e non in astratto, ma per garantire il rispetto dell'ordine pubblico nazionale e più specificamente per garantire l'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in materia di maternità surrogata<sup>43</sup>. Una simile scelta non pare accettabile. Non si vede, infatti, su quali basi il diritto di un bambino a crescere con le persone che considera genitori dalla nascita e che si dimostrano perfettamente in grado di prendersi cura di lui possa essere compresso fino a scomparire. Il principio dell'interesse superiore del minore, come abbiamo detto, implica che le scelte operate nei suoi confronti garantiscano in maniera concreta ed efficace il pieno godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989, o che, quanto meno, producano il minor danno possibile sulla sua possibilità di avere uno sviluppo armonioso. Non ci sembra che la Grande Camera abbia sufficientemente tenuto conto di questo principio nel valutare la compatibilità con gli obblighi positivi a carattere procedurale che, in base all'art.8, devono trovare riconoscimento nelle procedure di allontanamento e dichiarazione di stato di abbandono adottate dalle autorità italiane, creando così un *vulnus* alla sua costante prassi in materia.

43 Non sembra del tutto critico, rispetto alla ricostruzione dell'interesse superiore del minore attuata dalla Grande Camera, Gervasi. M. Gervasi, *Vita familiare e maternità surrogata* cit., spec. p. 10.

**Giovanni Galasso\***

## Unione omoaffettiva e adozione

### Sommario

1. La clausola di equivalenza della Legge n. 76/2006 - 2. Le sentenze nn. 261 e 268 del 20 ottobre 2016 del Tribunale per i minorenni di Milano - 3. L'applicazione in chiave evolutiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della Legge n. 184/1983 - 4. La Legge n. 76/2016 e il legame adottivo coparentale - 5. Considerazioni conclusive.

### Abstract

La legge n. 76/2016, nell'offrire un piano di regole alla relazione di coppia same-sex, non contiene previsioni specifiche riguardo all'aspetto della filiazione e dell'adozione, limitandosi a richiamare la legge n. 184/1983 soltanto per escludere la sua applicazione generale nell'ambito delle unioni omoaffettive. L'inoperatività delle norme sull'adozione legittima pone il terreno dell'adozione (e della filiazione) tra quelli che maggiormente evidenziano una disparità di trattamento con l'unione di tipo matrimoniale e dove si registra un trattamento deteriore nei confronti del nucleo familiare fondato sull'unione civile. La clausola di equivalenza contenuta al comma 20 dell'articolo unico della Legge n. 76/2016 lascia ai margini della rilevanza giuridica il travagliato profilo della c.d. stepchild adoption omoparentale, rinviando ai giudici il compito di valutare, di volta in volta, l'opportunità di riconoscere o meno tra le maglie della disciplina dell'adozione in casi particolari (stabilendone limiti e condizioni) il rapporto di genitorialità, già di fatto instauratasi, all'interno del nucleo familiare tra il partner e il figlio dell'altro partner.

*Law no. 76/2016 which provides a regulation for same-sex couple civil unions, does not contain any specific provision regarding filiation and adoption, merely referring to the Law on Adoption of Children no. 184/1983 only in order to exclude its general application in the context of same-sex unions. The inapplicability of the rules on legitimate adoption places the issue of adoption (and filiation) among those that most often reveal a difference in treatment with the married couple and where there is a detrimental treatment of the family based on the civil union. The equivalence clause found in paragraph 20 of the Law no. 76/2016 leaves on the margin of legal relevance the troubled profile of stepchild adoption for same-sex couples, referring to the judges the task of assessing the limits and conditions of every single case in order to recognize or deny the step-child adoption and to assess the relationship of parenthood between the child and the other partner.*

\* Ricercatore di Diritto Privato, Università di Palermo.  
Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

# 1. La clausola di equivalenza della Legge n. 76/2006

La disciplina delle unioni civili contenuta nella Legge n. 76/2016, nell'offrire un piano di regole alla relazione di coppia *same-sex*<sup>1</sup>, non contiene previsioni specifiche riguardo all'aspetto della filiazione e dell'adozione, limitandosi a richiamare la Legge n. 184/1983 soltanto per escludere la sua applicazione generale nell'ambito delle unioni omoaffettive<sup>2</sup>.

L'inoperatività delle norme sull'adozione legittima o ordinaria (o, come si preferisce definirla, parentale), costituisce una limitazione per le coppie omoaffettive unite civilmente rispetto alla omologa figura della coppie coniugate, ponendo il terreno dell'adozione (e della filiazione) tra quelli che maggiormente evidenziano una disparità di trattamento con l'unione di tipo matrimoniale e dove si registra un trattamento deteriore.

La c.d. clausola generale di equivalenza contenuta nel comma 20 dell'articolo unico della Legge n. 76/2016 lascia ai margini della rilevanza giuridica il travagliato profilo della c.d. *stepchild adoption* omoparentale, rinviando ai giudici il compito di valutare, di volta in volta, l'opportunità di riconoscere o meno tra le maglie della disciplina dell'adozione in casi particolari (stabilendone limiti e condizioni) il rapporto di genitorialità, già di fatto instauratasi all'interno del nucleo familiare tra il partner e il figlio dell'altro partner<sup>3</sup>.

1 La legge 20 maggio 2016, n. 76 sulla *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, oltre ad istituire e disciplinare l'unione civile offre un piano normativo anche alle convivenze di fatto etero e *same-sex*. Tra i primi commenti alla disciplina v. M. Venuti, *La regolamentazione delle Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Politica del diritto*, 2016, vol. XLVII, n. 1-2; V.E. Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, n. 7, p. 893 e ss.; B.E. Hernandez-Truyol e R. Virzo (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minori*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2016, Vol. 11, Napoli.

2 Ciò di cui si discute è in generale il rapporto di genitorialità e la sua costituzione attraverso lo strumento adottivo in casi particolari. La Legge n. 184/1983 prevede due diverse fattispecie di adozione, la c.d. legittimante e quella nei casi particolare (non legittimante per distinguerla dalla prima), fondate su presupposti ed effetti diversi che riguardano sia la figura del minore che la natura della relazione tra adottato e adottando, in questo senso Corte di Cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, 1135 e ss, par. 4.2.2.

A proposito dell'adozione in generale, è utile distinguere tre ipotesi di adozione: l'adozione legittimante, l'adozione in casi particolari e l'adozione dei maggiorenni. Nuove "costellazioni familiari", come sono state definite dalla dottrina, accomunate dall'esigenza di proteggere le molteplici relazioni che in esse si costituiscono.

La maggiore flessibilità che si vuole dare agli strumenti adottivi, e segnatamente a quelli non legittimanti contenuti nell'art. 44 della Legge n. 184/1983, da parte della giurisprudenza, nasce dall'esigenza di fronteggiare la situazione che il legislatore non è in grado di regolare. Si pensi all'esperienza della c.d. adozione mite, una pratica giudiziaria nata per dare rilievo e non cancellare la passata esperienza familiare del bambino, quando questi ne conservi tracce significative.

Il nostro ordinamento in generale contempla svariati modi di costituzione del rapporto genitori-figli, diversi da quelli di tipo naturalistico (o biologico). Il riferimento è alla procreazione medicalmente assistita e all'adozione.

Differente, sebbene presenti indiscutibili profili di interconnessione, la questione del riconoscimento degli *status filiationis* costituiti all'estero. In questo contesto, dottrina e giurisprudenza, mettono in risalto l'altra natura del legame genitoriale, fisico e/o psicosociale che assurge a rilevanza giuridica (autonoma) nella relazione genitore-figlio.

La dottrina fa notare un atteggiamento passivo del legislatore anche in occasione dell'emanazione dei decreti attuativi. In particolare, il D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 7, in materia di modifiche e riordino delle norme di diritto internazionale privato per la regolamentazione delle unioni civili, ai sensi dell'art.1, comma 28, lett. b) della Legge n. 76/2016, si limita a considerare il riconoscimento degli atti di matrimonio e di unione civile tra persone dello stesso sesso. Cfr. G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, in *Il corriere giuridico*, 2017, 2, p. 191.

D'altro punto di vista il silenzio del legislatore in materia di filiazione sotto il profilo dell'esercizio della responsabilità genitoriale all'interno dell'unione civile, consente di ritenere non precluso il riconoscimento, il mantenimento e l'educazione dei figli comuni dei partner dell'unione. In questo senso M. Gattuso, *La regolamentazione della relazione fra genitore e figli nell'ambito dell'unione civile*, in G. Buffone, M. Gattuso, M. M. Winkler, *Unione civile e convivenza*, pag. 250. L'A. in particolare rinviene nell'art. 1, commi 19 e 25, della Legge n. 76/2016 univoci indici normativi nel senso di una presupposizione legislativa della sussistenza di figli comuni della coppia unita civilmente. Sull'applicabilità delle norme in materia di adozione e delle disposizioni codicistiche anche agli uniti civilmente v. l'accurata analisi di V. Barba, *Unione civile e adozione*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 2, p. 381 e ss.

3 Ampliando il solco di demarcazione tra adozione c.d. legittimante (meglio ora parentale, a seguito degli interventi riformatori che hanno portato all'unicità dello status di filiazione) e adozione nei casi particolare (meglio ora genitoriale).

La dottrina a proposito delle questioni relative alla regolazione dei rapporti genitore-figlio nell'unione civile ha evidenziato come l'assenza di indicazioni legislative fa ricadere sul giudice tutta la responsabilità di fissare regole e garantire i diritti delle persone ... viene in tal modo demandato ai giudici il compito di garantire il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale. Ed i giudici stanno prendendo molto sul serio il loro compito: G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., p. 19.

Il progetto di genitorialità attraverso lo strumento adottivo, all'interno di una coppia unita civilmente, può essere realizzato, dunque, unicamente, in base all'inciso finale dell'art. 1, comma 20, della legge n. 76/2016, dentro la cornice normativa delle adozioni in casi particolari, delineata dal Titolo IV della Legge n. 184/1983 e segnatamente all'interno dell'ipotesi prevista dall'art. 44, comma 1, lettera d)<sup>4</sup>. Al di là della genericità e della imprecisione della formula utilizzata a chiusura del comma 20, la previsione rinvia ai risultati acquisiti in sede giurisprudenziale (di merito, di legittimità e costituzionale)<sup>5</sup>.

Sebbene tale approdo ermeneutico costituito dalla (ri)lettura della ipotesi di adozione di cui alla lettera d), alla luce delle novità introdotte dal legislatore dell'unione civile<sup>6</sup>, sia da considerarsi oggi il più idoneo a dare una risposta giuridica ai sempre più diffusi casi di richieste di assunzione di genitorialità da parte del partner dell'unione civile rispetto al figlio del proprio/a compagno/a, esso non appare, tuttavia, in grado di offrire uno stabile livello di protezione ai soggetti coinvolti, mettendoli al riparo da decisioni di segno contrario<sup>7</sup>.

I diversi interventi giurisprudenziali che, infatti, si sono susseguiti in tema di adozioni in casi particolari relativamente ai figli dei partner, non sembrano risolutivi<sup>8</sup>. Vi è chi ritiene, in realtà, che le decisioni in senso affermativo e i precetti costituzionali e nomofilattici di cui costituiscono fedele applicazione, pur fissando importanti principi, non sono idonei ad individuare univocamente un assetto normativo, se non compiuto almeno coerente, risultato quest'ultimo raggiungibile solo attraverso uno specifico intervento legislativo. Un orientamento giurisprudenziale, non condivisibile, sostiene che - diversamente da quanto poteva ritenersi ormai acquisito (sul piano culturale e sociale, prima ancora che giuridico) dai nuovi orientamenti giurisprudenziali in materia - il silenzio del Parlamento in fase di approvazione della legge sull'unione civile costituisce segno inequivocabile del *favor* nei confronti dello status di coniuge nell'accedere all'istituto dell'adozione in casi particolari, quando si verte in tema di adozione del figlio del partner. Il riferimento è alle sentenze nn. 261 e 268 del 20 ottobre 2016 del Tribunale per i minorenni di Milano, con cui sono stati rigettati, nel primo caso, i ricorsi di una coppia di donne unite da

---

A proposito dell'adozione in materia di unioni civili, cfr. S. Stefanelli, *Adozione del figlio del partner nell'unione civile*, in questa Rivista, 2/2016, p. 102 e ss. In tema di filiazione e di regolazione della relazione genitore-figli nell'unione civile, M. Gattuso, *La regolamentazione della relazione fra genitore e figli nell'ambito dell'unione civile*, cit.

Un'analisi del comma 20 della Legge n. 76/2016 volta a dimostrare l'applicabilità analogica alle persone unite civilmente sia delle disposizioni del Codice civile non espressamente richiamate, sia le norme contenute nella legge in materia di adozione è offerta da V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., pp. 381 e ss.

- 4 In questo senso G. Ferrando, *Unioni civili e convivenze. Aggiornamento 2016*, in *Diritto di Famiglia*, Bologna, Zanichelli. Rimane allo stato precluso nel nostro ordinamento l'accesso alle tecniche di procreazione assistita, fenomeno regolato dal nostro legislatore attraverso la Legge n. 11 febbraio 2004 n. 40, e circoscritto ex artt. 4 e 5 alle coppie eterosessuali, non in grado di generare a causa della sterilità o infertilità, poi esteso, con intervento della Corte costituzionale, 5 giugno 2015, n. 96, alle coppie fertili ma affette da gravi malattie trasmissibili. Cfr. Corte di Cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, cit., par 4.2.4.

A proposito della legge n. 40, ma con riferimento alla scelta operata dal nostro legislatore di circoscrivere il ricorso alle tecniche procreative in base sia alla tipologie delle tecniche che ai requisiti soggetti, la Cassazione ha affermato il principio di diritto secondo cui la legge italiana è espressione di "una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia (...) sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate" per poi precisare che in "tema di PMA, la fattispecie nella quale la donna doni l'ovulo alla propria partner (...) la quale partorisca, utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce un'ipotesi di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa", dunque non assimilabile ad una ipotesi vietata e sanzionata ex artt. 4 e 12 della medesima legge. Corte di cassazione, 30 settembre 2016, n.19599, in *Il Corriere giuridico*, con nota di G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., p. 187.

- 5 Corte d'appello di Torino, sentenza del 27 maggio 2016, in *Il foro italiano*, 2016, c. 1933; Tribunale per i minorenni di Roma, 23 dicembre 2015, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, I, 969; Corte d'appello di Roma, 23 dicembre 2015; Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit., tutti consultabili in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), Corte costituzionale, sentenza del 7 ottobre 1999, n. 383, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2951 e ss. v. anche per la ricostruzione del quadro giurisprudenziale, D. Ferrari, *Status giuridico e orientamento sessuale*, in *Lulu.com.*, 2015.
- 6 Com'è noto il nostro Parlamento in sede di approvazione definitiva della Legge n. 76/2016 non ha inserito, diversamente dal testo normativo inizialmente proposto, un'esplicita previsione riguardo alla possibilità all'interno dell'unione civile di adozione del figlio del partner da parte dell'altro, in base a quanto previsto per i coniugi dall'art. 44, lett. b).
- 7 Che il riconoscimento di nuove forme genitoriali, possa compiersi attraverso lo strumento adottivo dell'art. 44, comma 1, lett. d) in attesa di una nuova disciplina in materia, lo sostiene il Tribunale per i minorenni di Roma 23.12.2015, cit.
- 8 Tra le tante v. Tribunale per i minorenni di Roma, 30 luglio 2014, n. 299; Tribunale per i minorenni di Milano, 28 marzo 2007, n. 626; Corte d'appello di Firenze, 4 ottobre 2012, n.1274. Per un'attenta ricostruzione della giurisprudenza nei casi di adozione del figlio del proprio partner v. G. Ferrando, *Il problema dell'adozione del figlio del partner*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 9, p. 1213.



una stabile relazione affettiva volti ad ottenere l'adozione "incrociata" ex art. 44, comma 1, lett. d) Legge n. 184/1983, delle figlie biologiche di ciascuna delle ricorrenti; nell'altro caso, il ricorso del convivente della madre biologica dell'adottando. In entrambe le circostanze gli istanti chiedevano, in definitiva, che il legame di genitorialità di fatto instauratosi tra loro e gli adottandi, figli dei rispettivi partner, venisse formalizzato con l'adozione.

La questione, in tutte e due le sentenze, si concentra sulle diverse ipotesi di adozione contenute nell'art. 44, comma 1, della Legge n. 184/1983: la lett. b) e la lett. d).

Secondo i giudici milanesi il presupposto applicativo dell'art. 44, comma 1, lett. d), invocato nelle richieste di adozione, non è costituito - come invece affermato da un consolidato indirizzo giurisprudenziale di merito e di legittimità - dal mantenimento di una stabile relazione genitore/figlio o dal rafforzamento di legami affettivi esistenti nell'ambito di una unità familiare di fatto, bensì dall'accertamento dello stato di abbandono per mancanza di figure genitoriali, potendosi ravvisare i presupposti della continuità e del rafforzamento della relazione genitoriale nella diversa ipotesi di cui alla lett. b) del medesimo art. 44, e solo con riferimento al caso tassativo di istanza di adozione avanzata da parte del coniuge nei confronti del figlio dell'altro coniuge, all'interno dunque di un rapporto matrimoniale, l'unico, secondo i giudici milanesi, a poter dare certezza e stabilità alla nuova relazione genitore/figlio.

Ad avviso del Tribunale per i minorenni di Milano, il giudizio ex art. 44, comma 1, lett. d) richiede innanzitutto un accertamento, in punto di fatto, dello stato di abbandono, che si arresta in "*presenza di un genitore che esercita adeguatamente la responsabilità genitoriale*", precludendo così la via dell'adozione in casi particolari al partner del genitore biologico.

Secondo il ragionamento del Tribunale, l'indagine volta a valutare l'interesse in concreto del minore al mantenimento e conseguentemente al riconoscimento giuridico del legame di fatto con il (co) genitore sociale, è priva di cornice giuridica di riferimento e, meno che mai, può appoggiarsi sull'addebiellato normativo dell'art. 44, comma 1, lett. d), Legge n. 184/1983. Né, d'altro canto, il giudice ordinario potrebbe rinvenire, in sede interpretativa, nella lett. b) della medesima disposizione la norma di riferimento. Infatti, la lett. b) è la sola previsione che, all'interno delle quattro ipotesi di adozioni in casi particolari, prevede, in un'ottica di completamento, la possibilità di un affiancamento al genitore già presente (biologico o adottivo) di un nuovo genitore, garantendo maggiore stabilità al rapporto affettivo-familiare.

Il nuovo genitore istante, però, viene chiaramente individuato, dalla medesima disposizione, nella figura del coniuge, essendo possibile attuare il processo adottivo solo all'interno della relazione matrimoniale. Questo limite, secondo le decisioni dei giudici milanesi in commento, risulterebbe invalicabile non potendosi in sede interpretativa estendere la portata della disciplina all'esterno della relazione matrimoniale, individuata dal legislatore ordinario, in assenza di un vincolo biologico, come forma di garanzia maggiore nei riguardi del minore. Diversamente si introdurrebbe per via ermeneutica, nel nostro ordinamento, un nuovo modello genitoriale non fondato sul legame biologico.

La legittima aspettativa di vedere riconosciuto il diritto all'accesso all'adozione ex lett. d) art. 44 viene, dunque, negata con una decisione difforme rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale di merito e di legittimità, ormai, come detto, consolidatosi e implicitamente avallato dallo stesso legislatore dell'unione civile<sup>9</sup>.

Queste decisioni di rigetto si pongono in aperto contrasto con l'orientamento del Tribunale per i minorenni di Roma e della medesima Corte d'appello, condivise dalla Cassazione<sup>10</sup>, che hanno affermato come l'adozione speciale ex art. 44 lett. d) Legge n. 184/83 costituisca un valido strumento per garantire, nell'interesse primario del minore, il legame di tipo genitoriale anche con il partner convivente della madre o del padre.

9 Da ultimo anche l'Avvocatura generale sembra condividere e far proprio tale indirizzo giurisprudenziale, ricordando come: "La giurisprudenza di merito avrebbe già applicato l'art. 44, comma 1, lettera d), Legge n. 184/1983 al caso dell'adozione, da parte di una donna, della figlia naturale della sua compagna e coniuge, in relazione ad un matrimonio celebrato all'estero". Per poi affermare come "la clausola dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo - se interpretata tale impossibilità come causata da impedimenti di "diritto", oltretutto da ostacoli "di fatto" - sarebbe utilizzabile come «"porta aperta" sui cambiamenti che la nostra società ci propone»": Corte costituzionale, 7 aprile 2016, n. 76.

10 Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit.



## 2. Le sentenze nn. 261 e 268 del 20 ottobre 2016 del Tribunale per i minorenni di Milano

Le pronunce meneghine, sebbene isolate, rappresentano il segno evidente di una riluttanza a che, *iure condito*, si possano validamente e pienamente instaurare legami giuridici di filiazione al di fuori di una relazione di coppia eterosessuale preferibilmente di tipo matrimoniale. Tendenza che, tuttavia, dovrebbe essere ormai superata in presenza degli interventi riformatori compiuti dal nostro legislatore, a voler tacere delle numerose decisioni giurisprudenziali di segno opposto<sup>11</sup>. Il riferimento immediato è alla riforma legislativa in materia di filiazione che ha portato all'unicità dello stato di figlio, alla scomparsa delle differenze tra figli legittimi, naturali e adottivi, all'esclusione di un trattamento giuridico differenziato e che impone, tra l'altro, di prescindere nell'ambito della responsabilità genitoriale dal rapporto (orizzontale) di unione tra i genitori, coniugale o meno<sup>12</sup>.

In generale, può dirsi affermata definitivamente l'idea che i figli ricevono tutela in quanto persone e a prescindere dal tipo di aggregato familiare di appartenenza essendo rilevante la responsabilità di ogni singolo genitore nei confronti della prole, in funzione della salvaguardia dello sviluppo armonioso del minore, della sua cura e della realizzazione della sua personalità<sup>13</sup>.

Nelle decisioni del Tribunale per i minorenni di Milano vi è traccia ancora di un anacronistico orientamento giurisprudenziale il quale più che (pre)occuparsi di offrire rilevanza ed effettiva tutela alle relazioni affettive non matrimoniali, compie un'attenta opera di differenziazione all'interno della molteplicità dei modelli familiari (unioni civili, convivenze di fatto, ecc.), di segno nettamente opposto rispetto al preminente interesse del minore al riconoscimento dell'unicità dello status di figlio.

Un'interpretazione, quella dei giudici milanesi, poco sensibile alle diversità delle situazioni concrete ed agli interessi reali in gioco, che finisce, tra l'altro, per delegittimare l'altro genitore di fatto (o sociale), privando il minore di un fondamentale elemento affettivo ed identitario come più volte sottolineato dalla Suprema Corte e dalla dottrina<sup>14</sup>.

In queste decisioni si fa fatica a cogliere criteri univoci; esse piuttosto evidenziano una certa debolezza ed evanescenza proprio sotto il profilo dell'effettività: si affievolisce inopinatamente il piano di tutela, lasciando ampi e ingiustificati vuoti che si traducono in incertezza in coloro che, istanti e addetti ai lavori, sono interessati a una soluzione tendenzialmente definita, se non definitiva.

## 3. L'applicazione in chiave evolutiva dell'art. 44, comma 1, lett. d), della Legge n. 184/1983

La Cassazione ha affermato l'inesistenza a livello costituzionale del "divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e anche di generare figli"<sup>15</sup> e ha individuato con nettezza all'interno del nostro attuale ordinamento proprio lo strumento adottivo in casi particolari, ex art. 44, comma 1, lett. d), quale

11 La casistica è ricca sul punto e investe diverse situazioni che attengano all'esercizio della genitorialità (affidamento, riconoscimento di status acquisiti all'estero, adozione) da parte di coppie dello stesso sesso: dall'ammissibilità dell'affidamento esclusivo, in caso di divorzio, del figlio da parte del genitore omosessuale, Corte di cassazione, sentenza dell'11 gennaio 2013, n. 601; al provvedimento di affidamento familiare (art. 4, Legge n. 184/1983) ad una coppia omosessuale; al riconoscimento in Italia dello *status filiationis* conseguito all'estero, i giudici in questo caso hanno ammesso il riconoscimento dello status di una bambina registrata come figlia da una coppia di donne sposate tra loro in Spagna nata con fecondazione eterologa, al caso specifico di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), legge n. 184/1983. Al riguardo v. G. Ferrando, *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1771 e ss.

12 L'opera di adeguamento del nostro ordinamento è stata effettuata, in attuazione all'art. 2 della Legge n. 219/2012, con D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, che ha modificato i quattro codici (civile, penale, procedura civile e procedura penale) e le leggi speciali nella parte relativa alla filiazione.

13 F. Ruscello, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, diretto da G. Ferrando, Bologna, Zanichelli, 2008, vol. 2°, p. 78.

14 Cfr. S. Stefanelli, *Status, discendenza ed affettività nella filiazione omogenitoriale*, in *Famiglia e diritto*, 2017, 1, p. 83 e ss.

15 Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599, cit. par. 12.1.

congegno normativo idoneo a consentire alle coppie same-sex di accogliere nel proprio nucleo familiare figli e di accudirli<sup>16</sup>.

La fonte del rapporto di filiazione può ben essere costituita dall'atto adottivo previsto dalla norma ora citata che prescindendo dal legame genetico e biologico pone al centro, valorizzandoli, l'atto di autonomia e il principio di responsabilità e assurge a condotta che si affianca, sotto questo profilo, alla procreazione medicalmente assistita<sup>17</sup>.

Le sentenze del Tribunale per i minorenni di Milano, come già ricordato, si pongono in una posizione di aperto dissenso e disapprovazione rispetto al filone giurisprudenziale di merito e di legittimità così come consolidatosi negli ultimi anni. La critica è concentrata sulla disposizione della lett. d) dell'articolo da ultimo richiamato, recuperando un vecchio e anacronistico orientamento giurisprudenziale che basandosi su di un'interpretazione restrittiva della norma e segnatamente sulla definizione di "impossibilità" di fatto riferita all'affidamento preadottivo, esclude un'applicazione in chiave evolutiva della lett. d) dell'art. 44 della Legge n. 184/1983. La giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) e la dottrina hanno, invece, individuato una serie di ipotesi di c.d. impossibilità di diritto riferibili alla norma in esame<sup>18</sup>.

Queste decisioni negative finiscono con il chiudere l'unico varco (normativo) volto a dare effettività ad un fascio di relazioni di rilevanza costituzionale. È indirizzo diffuso in dottrina ed in giurisprudenza quello secondo cui l'adozione di cui all'art. 44, lett. d), può essere validamente realizzata per dare attuazione e rilevanza giuridica a situazioni che diversamente resterebbero prive delle garanzie necessarie al fine di rendere effettivi il diritto fondamentale del minore ad avere riconosciuto il legame genitoriale di fatto instauratosi e il diritto al proprio ambiente familiare.

La previsione contenuta nell'art. 44, comma 1, lett. d), è considerata, in ambito domestico, l'unico riferimento normativo, allo stato attuale, suscettibile di dare riconoscimento e legittimità giuridica alle relazioni genitoriali omoaffettive<sup>19</sup>.

L'affermazione della tesi della sola impossibilità di fatto ancorata all'accertamento dello stato di abbandono (o di semi abbandono) a partire da una rigida interpretazione della norma, determina sul piano giuridico il disconoscimento di una serie di ipotesi genitoriali e la mortificazione di progetti esistenziali che coinvolgono libertà e diritti di rilevanza costituzionale.

Più volte dottrina e giurisprudenza hanno affermato come il dato normativo costituito dall'art. 44 lett. d) risponda all'esigenza di dare continuità e stabilità ad una relazione genitoriale di fatto in vista del rafforzamento del vincolo con la figura del genitore c.d. sociale.

In questa prospettiva, non sembra giustificata, tra l'altro, l'asserzione della presenza comunque della condizione di abbandono e della costituzione di un nuovo status di figlio. Anche in questo caso vengono negate le ipotesi di adozioni, pure presenti nel nostro ordinamento, di recupero e di mantenimento dello stato di figlio con la famiglia di origine o con la comunità di tipo familiare che condivide un vissuto significativo con il minore, senza svilire le altre figure affettive che hanno assunto un ruolo fondamentale nella vita e nella crescita del figlio alla stregua dei genitori.

Il ragionamento dei giudici milanesi nelle due decisioni coeve, sopra richiamate, sembra diversamente incentrato sull'idea che l'intero impianto della legge sull'adozione, considerato come l'unico modo alternativo alla filiazione biologica, si basi sul cambiamento del nucleo familiare e dunque come strumento sostitutivo.

16 Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit., par. 4.2.1. Riguardo alla possibilità di realizzare un progetto genitoriale attraverso il riconoscimento dello status di figlio acquisito all'estero v. Corte di cassazione, n. 19599/2016, cit. In dottrina, a proposito delle adozioni in casi particolari come strumento per ricostituire un legame bigenitoriale dentro un quadro familiare ricomposto v. P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit. p. 644.

17 Nell'orientamento della Cassazione, nel quale si inserisce la sentenza 19599/2016, vi è traccia di una connessione nel rapporto di filiazione al legame biologico e genetico, sebbene, in pari tempo, la stessa Cassazione sottolinei il decrescente valore di tale aspetto "nella determinazione della maternità, come della paternità, e sul rilievo invece crescente attribuito ai profili della volontarietà e della responsabilità genitoriale". Sotto tale profilo nella sentenza sopra richiamata i giudici di legittimità rimarcano come nella fattispecie in esame non si è in presenza di una tecnica di maternità di surrogazione (che resta in linea generale vietata nel nostro Paese ai sensi dell'art. 12, comma 2, della Legge n. 40/2004 nonostante l'intervento correttivo della Corte costituzionale, n.162 del 2014 in ordine ai margini di utilizzo di tale tecnica, che in ogni caso fa comunque salvo il legame genetico nel costituendo rapporto di filiazione) ma di un procreazione derivante da due donne tra loro coniugate di cui una partoriente e l'altra che ha donato l'ovulo.

18 Da ultimo v. Corte di cassazione, sentenza del 22 giugno 2016, n. 12962, cit. La Corte ripercorre l'evoluzione normativa ed applicativa dell'art. 44, comma 1, lett. d della Legge n.184/1983 soffermandosi in particolare sul mutato concetto di impossibilità di affidamento preadottivo rispetto alla *ratio* originaria.

19 L'altro percorso è costituito dal riconoscimento delle sentenze straniere nei paesi dove è accettato il progetto genitoriale realizzato da una coppia omosessuale coniugata, cfr. Corte di cassazione, sentenza del 30 settembre 2016, n.19599, cit.

Sebbene i giudici non menzionino mai il presupposto del matrimonio, e conseguentemente della differenza di genere, molteplici sono gli elementi che implicitamente ne ammettono il carattere essenziale.

A giudizio del Tribunale di Milano il dato biologico per l'acquisizione dello status di figlio può essere superato solo attraverso l'istituto dell'adozione, che offrirebbe la massima protezione al minore attraverso una procedura volta a (ri)costituire un nuovo nucleo familiare e che tiene conto di un modello di famiglia di tipo tradizionale-matrimoniale tale da garantire al minore una presenza genitoriale affidabile e stabile.

A fronte di tale impostazione, l'opinione prevalente al livello interpretativo ritiene, invece, che i presupposti per procedere all'adozione ai sensi dell'art. 44 lett. d) siano rappresentati, viceversa, dall'esigenza di dare continuità e stabilità ad una relazione genitoriale di fatto in vista del rafforzamento e della rilevanza giuridica del vincolo genitoriale con la figura del genitore c.d. sociale<sup>20</sup>.

La continuità affettiva ed educativa nell'interesse esclusivo del minore sono stati ritenuti dalla Corte costituzionale elementi essenziali e peculiari dell'adozione nei casi particolari, in cui si declina il *the best interest of the child*<sup>21</sup>. Su questo solco tracciato dalla giurisprudenza costituzionale la Suprema Corte ha avuto modo di specificare a proposito dell'interpretazione dell'impossibilità (di diritto) all'affidamento preadottivo di cui all'art. 44 della Legge n. 184/1983, che essa deve riguardare tutte le ipotesi che, prescindendo dall'accertamento dello stato di abbandono, sono funzionali al riconoscimento e alla tutela dei legami affettivi significativi che il minore ha sviluppato con le persone che di fatto si prendono cura di lui<sup>22</sup>.

#### 4. La Legge n. 76/2016 e il legame adottivo coparentale

Come è noto, il travagliato dibattito parlamentare, in sede di discussione della Legge n. 76/2016, ha condotto allo stralcio della c.d. *stepchild adoption*, espressa nei termini di una estensione della previsione contenuta nell'art. 44 lett. b), che prevedeva l'introduzione accanto alla figura del coniuge di quella del partner dell'unione civile<sup>23</sup>.

L'iter che ha poi portato all'attuale formulazione dell'art. 1, comma 20, è frutto di una evidente scelta di compromesso tra un modello di unione civile di tipo orizzontale ed uno di tipo verticale, che si concentra su un piano di normazione che attiene alla sola relazione tra partner e che prospetta un percorso in materia di filiazione e adozione ambiguo e meno lineare del testo iniziale del-progetto che ha dato vita alla Legge n. 76/2016<sup>24</sup>. Il riferimento è alla norma di chiusura contenuta nel comma 20: "*resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti*".

Nella non univocità della sua formulazione si trae, tuttavia, nella scelta del legislatore una nitida volontà di legittimare il cammino interpretativo intrapreso dalla giurisprudenza (maggioritaria) sopra richiamata a proposito dell'art. 44, comma 1, lett. d), Legge n. 184/1983 e della sua estensibilità alla materia delle unioni civili<sup>25</sup>. La locuzione "*resta fermo*", inserita dopo l'esplicita esclusione dell'applicabilità alle unioni civili della disciplina generale della adozione, al di là della apparente contraddittorietà della

20 Attorno a queste ipotesi si sono coagulate diverse tipologie, fornite di una base comune che è costituita non dalla sostituzione ma dall'affiancamento alla famiglia di origine, in una visione adottiva e non di affidamento, il riferimento al semi abbandono e all'adozione mite.

21 Cfr. Corte costituzionale, n. 27/1991 e n. 383/1999, reperibili sul sito della Corte costituzionale.

22 Cfr. Corte di cassazione, 22 giugno 2016, n. 12962, *cit.*, par. 4.1

23 Sul punto della legge che riguarda l'adozione da parte del partner del figlio, G. Ferrando, *Le unioni civili - La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *Juscivile*, [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, 2, pp. 48 e ss.

24 Così sembra esprimersi anche il Tribunale per i minorenni di Milano, *cit.*, che ritiene l'ipotesi della genitorialità omoaffettiva inquadrabile in modo più coerente all'interno della fattispecie di cui alla lett. b), per una questione di identità di *ratio* caratterizzata dalla presenza di un genitore che si prende cura del minore di cui si chiede l'adozione e dall'esigenza di mantenimento della relazione affettiva con il genitore originario.

25 Confermando una linea di tendenza nell'ambito del diritto di famiglia che assegna alla giurisprudenza il compito di modernizzare gli istituti, dotando di maggiore elasticità le strutture la cui rigidità non è in grado rispondere alle nuove esigenze e ai cambiamenti sociali. In questo senso G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, *cit.*, p.191 e ss.

disposizione<sup>26</sup>, suggerisce un'implicita adesione del legislatore agli orientamenti estensivi della giurisprudenza sul dettato della lett. d) dell'art. 44, traducendosi nella opzione legislativa, in materia di c.d. *stepchild adoption*, che demanda, come detto, al giudice una attenta valutazione caso per caso, ai sensi dell'art. 57, 2 e 3 comma, della Legge n. 184/1983.

Ciò si traduce, in termini generali, nella legittimazione della presenza di due autonome figure di adozione dei minori<sup>27</sup>. Sul versante legislativo, infatti, la negazione generale del meccanismo adottivo da un lato, e l'inciso che fa salvo quanto acquisito e consentito in materia di adozione, dall'altro lato, rivelano il proprio reale significato, e insieme i limiti: mirano ad introdurre nuove figure di soggetti legittimati all'adozione in casi particolari e ad eludere la rigidità dell'adozione c.d. legittimante senza fornire però un diverso e positivo criterio per consentire l'adozione da parte delle unioni civili.

Certo, alla luce delle decisioni del Tribunale per i minorenni di Milano, meglio sarebbe stato se il legislatore avesse esercitato con maggiore forza e convinzione quella funzione adeguatrice che gli è propria, fornendo di una solida cornice normativa il fenomeno sociale frattempo diffusosi a livello di costume e coscienza collettiva<sup>28</sup>.

In realtà, nella prospettiva del legislatore dell'unione civile, lo strumento adottivo di cui all'art. 44, comma 1, lett. d) trova una sua piena coerenza ed è corretto che sia valutato idoneo per la realizzazione di un progetto di genitorialità all'interno dell'unione civile, e sia, pertanto, preferibile rispetto all'ipotesi contenuta nella precedente lett. b) del medesimo articolo. Il richiamo presente nel comma 20 a "*quanto previsto e consentito in materia di adozioni dalle norme vigenti*" tende, infatti, ad esprimere nell'intenzione del legislatore una scelta che negando sul punto un'equiparazione con il matrimonio ed escludendo la diretta applicabilità della previsione della lett. b), ha voluto rimarcare, in una logica di differenziazione (matrimonio/unione civile), la preferenza in termini di stabilità della relazione matrimoniale rispetto all'unione civile, e conseguentemente, per quest'ultima relazione, una maggiore e più specifica verifica in concreto (non in astratto) della idoneità affettiva ed educativa dell'adottante. Il legislatore ha così inteso ampliare lo spazio di valutazione da parte del giudice quando si tratta di una relazione omoaffettiva. L'aggancio con l'art. 57 della Legge n. 184/1983, infatti, giustificerebbe tale implicita opzione legislativa, che imporrebbe un'indagine più pregnante rispetto all'ipotesi di cui alla lett. b) dove la verifica delle condizioni di adottabilità risulterebbe più formale che sostanziale, se non quasi implicita nella relazione di tipo matrimoniale.

Il vissuto di tipo genitoriale tra adottando e adottato, che caratterizza gli strumenti adottivi ex art. 44, nell'ipotesi di una relazione di tipo matrimoniale (lett. b), oltre a non richiedere il requisito della differenza di età di diciotto anni tra adottando e adottante, offrirebbe un giudizio tendenzialmente positivo in ordine alla stabilità-idoneità del rapporto familiare.

Per quanto la verifica del giudice ex art. 57 riguardi tutte le attuali quattro ipotesi contemplate dall'art. 44, tuttavia quello che il legislatore sembra sottolineare è che in una scelta di non equiparazione il piano degli uniti civilmente si deve separare da quello della famiglia matrimoniale per la quale la legittimazione-idoneità all'adozione è esplicitamente prevista ex lett. b): la lettera b) prevede un meccanismo di adozione orientato in funzione di un inserimento del minore in una famiglia di tipo matrimoniale; la lettera d) offre la possibilità dell'inserimento di un minore in una famiglia di tipo non matrimoniale in base a una puntuale e analitica verifica in concreto riguardo all'idoneità affettiva, alla capacità educativa e alla stabilità della (nuova) relazione familiare.

Non sembra dunque ammissibile nello spirito del legislatore della unione civile un'equiparazione tra il diritto all'adozione vantato dal coniuge del minore e il diritto all'adozione da parte dell'unito civilmente rispetto ai figli del proprio partner; la diversità del titolo imporrebbe, in concreto, una valutazione distinta e l'applicazione di principi normativi differenziati quando si discute di adozione in casi particolari, malgrado entrambe le situazioni soggettive, in astratto, possono configurarsi nei medesimi

26 Esempio emblematico di irrisolutezza e ambiguità del legislatore italiano dell'unione civile, è individuato dalla dottrina nel comma 20. Con tale disposizione (il legislatore) ha così "ingarbugliato la già non facile questione della genitorialità delle coppie omoaffettive". Per poi acutamente presagire: "In ogni caso, il comma 20, con le sue statuizioni, ora criptiche ora tranchant, costituisce uno snodo ermeneutico ineludibile rispetto al problema, che verosimilmente si porrà in sede applicativa, delle eventuali lacune nella disciplina sulle unioni civili e della possibilità di colmarle in via di *analogia legis*". Si v. M. Venuti, *La regolamentazione delle Unioni Civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, cit., pp. 111 e 112. In senso critico E. Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, cit., che parla di deplorabile abdicazione alla giurisprudenza da parte del legislatore.

27 P. Morozzo della Rocca, *L'adozione dei minori e l'affidamento familiare*, cit., p. 587 e ss; sugli elementi di specialità della disciplina in base alle circostanze e agli effetti cfr. E. Urso, *L'adozione dei minori in casi particolari*, ivi, p. 766 e ss.

28 In questo senso E. Quadri, *Unioni civili tra persone dello stesso sesso e convivenze: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, cit.



termini con la conseguenza, che andrebbe esclusa l'assimilabilità di una medesima indagine in ordine all'idoneità affettiva, alla capacità educativa, alla stabilità della relazione e al contesto familiare nel preminente interesse del minore.

In altri termini, il legislatore sembra voler rimarcare - oltre all'esigenza di richiamare le norme sull'assenso all'adozione (art. 56) e le norme sulle verifiche da parte del Tribunale in ordine alla capacità e idoneità degli adottanti (art. 57), che si applicano indistintamente a tutte le ipotesi di adozione in casi particolari - la scelta della non equiparazione della situazione soggettiva derivante dal matrimonio rispetto all'unione civile in materia di adozione e di filiazione, collocando il fenomeno della c.d. *stepchild adoption* entro la previsione di cui alla lett. d) anziché alla lett. b).

Quando il dato positivo è esplicito nel designare i soggetti cui è consentita l'adozione e nell'escludere tra questi i componenti dell'unione civile, appare superfluo, ed è probabilmente fuor di luogo, discorrere della diretta operatività dell'adozione all'interno dell'attuale disciplina legislativa dell'unione civile. Se ne deve dedurre piuttosto l'indicazione di una tendenza normativa verso l'estensione degli strumenti adottivi a tutela di situazioni soggettive caratterizzate da una relazione affettiva non matrimoniale, come le unioni civili.

Tuttavia, volgendo lo sguardo oltre il dato positivo da ultimo richiamato, si nota come la medesima tendenza mostra l'inadeguatezza di un criterio di accesso alla filiazione omoparentale basato esclusivamente sull'interpretazione evolutiva dell'art. 44 e sul concetto di impossibilità di affidamento preadottivo, che dottrina e giurisprudenza (avallate adesso dal legislatore) utilizzano per garantire la realizzazione di un progetto di genitorialità all'interno dell'unione civile.

Al legislatore spetterebbe il compito di proseguire il cammino avviato dalla giurisprudenza compiendo quell'opera di riforma che sembrerebbe adesso impellente proprio alla luce della recente legge sulle unioni civili per raggiungere l'obiettivo del pieno adeguamento del diritto di famiglia ai principi innovatori e progressivi indicati dalla Corte costituzionale e dalla Corte EDU. È, infatti, necessario più che mai, e si avverte il bisogno in questa stagione di diversificazione e moltiplicazione di modelli familiari, di dare certezza e stabilità alle relazioni genitoriali. La legge sulle unioni civili, come ricorda la Cassazione, ha intrapreso una strada volta a differenziare le situazioni e le relazioni familiari scegliendo di percorrere il sentiero dell'autonomia non quello dell'unità.

Sorge quindi un dubbio. Se la tendenza è di applicare principi e regole in larga parte esistenti che vanno riletti e riformulati alla luce delle nuove realtà e dell'evoluzione degli istituti, questa opera, che è anche fatta di ricognizione di interessi, non può essere condotta sul solo piano legislativo, trattandosi, a ben vedere, di intendere la portata della disciplina positiva e la sua capacità espansiva. Conseguentemente, la rinuncia del legislatore a fissare ed imporre le condizioni per il riconoscimento giuridico di questo tipo di relazioni affettive, non può significare assenza di criteri (o parametri) di riferimento.

Il fatto che la legge abbia affidato, in questo caso, in via quasi esclusiva questa attività ai giudici, rappresenta l'indice più appariscente, ma non l'unico, di tale tendenza che è anche una esigenza.

Due sono i cardini fondamentali tracciati dal legislatore della riforma: fornire una base affettiva di riferimento al minore in grado di garantire uno sviluppo armonioso della sua personalità e dare piena attuazione e protezione alla vita familiare consentendo la realizzazione di un progetto di genitorialità considerato come suo momento naturale ed essenziale.

Il rimando alle norme sull'adozione in casi particolari e alla lett. d) dell'art. 44 sembra volere rinviare ad una necessaria valutazione in ordine all'idoneità dei genitori nell'interesse del minore adottando. Questo giudizio di idoneità, che deve riguardare la stabilità del rapporto, è rimesso al giudice sulla base di elementi concreti riferiti alla singola vicenda della quale si chiede riconoscimento giuridico e legittimazione<sup>29</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

I modelli legali di famiglia non sono "obbligati" e costituiscono una diretta applicazione dell'art. 2 della Carta costituzionale. L'esercizio di discrezionalità del legislatore ordinario sul piano della disciplina, deve ispirarsi e svolgersi dentro una logica di inclusione e di accoglienza verso ogni forma di tipo familiare funzionale all'affermazione della personalità del singolo. Ciò comporta, anche, un ampliamento

29 In senso contrario e in generale per un confronto sul tema, V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., l'A. sul punto sostiene "... che il caso di coniuge e unito civile del genitore biologico siano risolti facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. b), Legge n. ad., mentre i casi di convivente (eterosessuale o omosessuale) del genitore biologico facendo applicazione della norma di cui all'art. 44, comma 1, lett. d), Legge n. ad.", p. 394.

dell'orizzonte interpretativo e una rilettura dell'adozione in casi particolari che è imposto dagli interventi nazionali, internazionali ed europei da parte delle Corti e delle Istituzioni sovranazionali. Nella complessità delle sue articolazioni si manifesta l'esigenza di un diverso approccio all'ordinamento rispetto al passato.

Nell'art. 44, che riguarda il diritto del minore ad una famiglia, la qualità dei soggetti legittimati a chiedere l'adozione è stabilita dall'ordinamento giuridico soprattutto nell'interesse del minore al mantenimento di una relazione di tipo familiare significativa con l'adottante, che assume una funzione alternativa all'adozione c.d. legittimante la quale, diversamente, mira a costituire una nuova relazione facendo cessare ogni rapporto del minore adottando con la famiglia di origine (art. 27 Legge n. 184/1983). Ciò conduce ad una visione delle relazioni parentali diversa da quella basata sul rigido sistema dettato dalle norme sull'adozione c.d. legittimante, che si fonda sull'idea di esclusività e di stato di abbandono volta ad attribuire al minore una nuova famiglia in funzione sostitutiva di quella di origine, non più idonea ad assolvere la sua funzione educativa essendo stati frustrati gli sforzi assistenziali miranti al recupero della relazione tra il minore e la propria famiglia di origine. Il Titolo IV della Legge n. 184/1983, che contiene la disciplina dell'adozione in casi particolari, si conferma come modello alternativo rispetto all'adozione piena contenuta nel precedente Titolo II della medesima legge<sup>30</sup>.

L'evoluzione del diritto interno nasce non solo dalle domande di attuazione dei principi costituzionali ma anche dal bisogno di dare effettività ai principi di derivazione nazionale e sovranazionale<sup>31</sup>.

Tali principi si traggono non soltanto dalla legge sull'adozione e dalle correlative norme del codice civile, ma dall'insieme dell'ordinamento positivo, ricondotto ad unità e rivisitato, attraverso un'operazione di deframmentazione che supera la logica settoriale e autonoma delle singoli entità. Emerge l'opportunità di dare unità alla molteplicità delle discipline e in pari tempo la necessità di nuove categorie ordinanti<sup>32</sup>. L'essenza di questi rapporti (di autonomia) impone di ripensare alle forme dell'autonomia privata, alla formazione del consenso, al contratto e alla responsabilità. Così come, dal nostro stretto punto di vista, il superamento della supremazia del dato biologico, considerato per lungo tempo come elemento essenziale e fondante del progetto di genitorialità, ha prodotto l'effetto, tra l'altro, di una rivisitazione delle discipline dell'adozione e della procreazione medicalmente assistita.

Venuta meno la preponderanza, se non l'unicità, del dato genetico e biologico a seguito della emergenza del concetto di responsabilità come criterio regolativo del rapporto di filiazione, il discorso, come effetto naturale, si è esteso agli altri frammenti normativi che compongono il quadro del diritto di famiglia<sup>33</sup>. La ricostruzione dei sistemi legislativi di riferimento richiede un'opera d'intelaiatura attenta, che sappia dare giusto risalto ed equilibrio in un alternarsi sapiente di trame a volte rigide, altre volte elastiche. Un monito in questo senso viene dalla Corte Costituzionale, che ha indicato ai giudici l'utilizzo dello strumento previsto nell'art. 333 c.c per garantire tutela anche a talune consolidate relazioni di tipo affettive, affermando, nel caso specifico, l'idoneità di tale disposizione a dare attuazione al diritto fondamentale del minore a mantenere rapporti significativi e costanti con la persona che si è presa cura di lui (nella specie si trattava del c.d. genitore sociale in un caso di disgregazione del nucleo familiare)<sup>34</sup>.

Così non è accaduto a proposito della ritenuta inapplicabilità della adozione nei casi particolari da parte del Tribunale per i minorenni di Milano nelle decisioni più volte richiamate. Nei passaggi argomentativi i giudici sembrano tralasciare la *ratio* che distingue le due forme di adozione, incentrando la scelta sulla necessità della perdita-riacquisto dello status di filiazione e sulla conseguente esigenza di (ri)costituzione del nuovo status, finendo con il compiere un'operazione di appiattimento che svisciva la portata innovativa degli strumenti adottivi dei minori di tipo non sostitutivo; laddove il fondamento della legge è il bisogno-diritto del minore al mantenimento del rapporto di relazione affettiva genitoriale. La resistenza opposta da questo indirizzo giurisprudenziale rimane pertanto inspiegabile, anche alla luce degli ultimi interventi normativi e giurisprudenziali.

30 Cfr. G. Ferrando, *Diritto di Famiglia*, Zanichelli, II edizione, 2015, p. 313. V. Barba, *Unione civile e adozione*, cit., p. 386-395.

31 Il riferimento è alla giurisprudenza in materia della Corte EDU, agli artt. 7, 9, 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, al Regolamento (CE) n. 2201/2003 del 27 novembre 2003 dell'Unione Europea, il c.d. Bruxelles II bis, in materia di responsabilità genitoriale.

32 Sui rischi derivanti da una pluralità di modelli, adottivi e non, finalizzati a rafforzare la tutela del minore privo di un idoneo ambiente familiare, v. E. Urso, *L'adozione dei minori in casi particolari*, cit., p. 816.

33 Per una recente nozione di diritto di famiglia intesa come insieme di discipline giuridiche che regolano le formazioni familiari o comunitarie ad esse assimilabili v. S. Mazzaresse, *La Famiglia: rapporti personali e patrimoniali*, in *Manuale del Diritto privato*, S. Mazzamuto (a cura di), Torino, Giappichelli, 2016, pp. 256 e ss.

34 Corte costituzionale, sentenza del 20 ottobre 2016, n. 225, in *Il corriere giuridico*, 2/2017, con nota critica di G. De Marzo, p. 178 e ss.

Tuttavia, si tratta di un segno evidente del rischio di arretramento culturale, niente affatto trascurabile e quindi su piano giuridico da contrastare puntualmente. Ed è la ragione del perché in questo scritto si è dedicato ampio spazio nella critica delle recenti sentenze del Tribunale per i minorenni di Milano.

L'evolversi delle vicende sociali e del sentire comune irrompe e pretende mutamenti nella legge ma soprattutto nella sua interpretazione. Mutamenti che sovente vengono realizzati ad opera degli interpreti più sensibili.

Ciò conduce, da un lato, ad una rinnovata fiducia nella disciplina dell'adozione nei casi particolari quale espressione della affermazione della continuità della relazione genitoriale-parentale con il minore e della valorizzazione dell'atto di autonomia e del ruolo della responsabilità genitoriale, nonché della valenza della relazione di tipo psicologico e affettivo, anziché biologico-genetico. La famiglia protetta e garantita nell'accezione di luogo degli affetti e di solidarietà prescinde dal legame biologico-procreativo. Dall'altro lato, all'auspicio di una riforma in grado di ammodernare la disciplina dell'adozione in vista di un completamento del quadro di riferimento, consolidando i progressi acquisiti per merito della dottrina e della giurisprudenza più attenta ai bisogni delle persone nello svolgimento della loro vita reale, capace di regolare i nuovi legami di affetto venutisi a determinare in ambito sociale, prima ancora che nella dimensione giuridica.

---

## *Osservatorio documenti*



## Unione europea

# **Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, in GUUE, 8 luglio 2016, L 183**

### REGOLAMENTO (UE) 2016/1104 DEL CONSIGLIO

del 24 giugno 2016

che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate

Il Consiglio dell'Unione Europea,

visto il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in particolare l'articolo 81, paragrafo 3,  
vista la decisione (UE) 2016/954 del Consiglio, del 9 giugno 2016, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate (1),  
vista la proposta della Commissione europea,  
previa trasmissione del progetto di atto legislativo ai parlamenti nazionali,  
visto il parere del Parlamento europeo (2),  
deliberando secondo una procedura legislativa speciale,

considerando quanto segue:

(1) L'Unione si è prefissa l'obiettivo di conservare e sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone. Al fine di un'istituzione graduale di tale spazio, l'Unione deve adottare misure nel settore della cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno.

(2) A norma dell'articolo 81, paragrafo 2, lettera c), del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), tali misure possono includere misure volte ad assicurare la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di giurisdizione.

(3) Il Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha sostenuto il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e altre decisioni delle autorità giudiziarie quale pietra angolare della cooperazione giudiziaria in materia civile, invitando il Consiglio e la Commissione ad adottare un programma di misure per l'attuazione di tale principio.

(4) Il 30 novembre 2000 è stato adottato un programma di misure relative all'attuazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale (3), comune alla Commissione e al Consiglio. Tale programma ravvisa nelle misure relative all'armonizzazione delle norme sul conflitto di leggi misure che facilitano il reciproco riconoscimento delle decisioni e prevede l'elaborazione di uno strumento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di conseguenze patrimoniali della separazione delle coppie non sposate.

(5) Il Consiglio europeo riunitosi a Bruxelles il 4 e 5 novembre 2004 ha adottato un nuovo programma denominato «Programma dell'Aia: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea» (4). In questo programma il Consiglio invitava la Commissione a presentare un libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale fra coniugi, compreso il problema

della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco, sottolineando la necessità di mettere a punto uno strumento in questo settore.

(6) Il 17 luglio 2006 la Commissione ha adottato il libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco. Questo libro verde ha dato inizio ad una vasta consultazione sulle difficoltà che incontrano le coppie in un contesto europeo al momento della divisione del patrimonio comune e sugli strumenti giuridici per porvi rimedio. Ha inoltre trattato l'insieme delle questioni di diritto internazionale privato con cui si confrontano le coppie legate da forme di unione diverse dal matrimonio, in particolare da unione registrata, nonché i problemi specifici a tali coppie.

(7) Nella riunione tenutasi a Bruxelles il 10 e l'11 dicembre 2009, il Consiglio europeo ha adottato un nuovo programma pluriennale denominato «Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini» (5). In tale programma il Consiglio europeo ha espresso l'opportunità di estendere il riconoscimento reciproco a materie non ancora contemplate che tuttavia rivestono un ruolo centrale nella vita di tutti i giorni, quali le conseguenze patrimoniali delle separazioni, tenendo conto nel contempo degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, compreso l'ordine pubblico, e delle tradizioni nazionali in questo settore.

(8) Nella «Relazione 2010 sulla cittadinanza dell'Unione — Eliminare gli ostacoli all'esercizio dei diritti dei cittadini dell'Unione», adottata il 27 ottobre 2010, la Commissione ha annunciato l'intenzione di adottare una proposta di strumento legislativo volto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone, in particolare le difficoltà incontrate dalle coppie nella gestione o nella divisione dei loro beni.

(9) Il 16 marzo 2011 la Commissione ha adottato una proposta di regolamento del Consiglio relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e una proposta di regolamento del Consiglio relativa alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

(10) Nella riunione del 3 dicembre 2015 il Consiglio ha concluso che non sarebbe stato possibile raggiungere l'unanimità per l'adozione delle due proposte di regolamento riguardanti, rispettivamente, i regimi patrimoniali tra coniugi e gli effetti patrimoniali delle unioni registrate e che quindi gli obiettivi della cooperazione in questo settore non potevano essere conseguiti entro un termine ragionevole dall'Unione nel suo insieme.

(11) Dal dicembre 2015 al febbraio 2016, Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia hanno trasmesso una richiesta alla Commissione manifestando l'intenzione di instaurare tra loro una cooperazione rafforzata in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, in particolare per quanto riguarda la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, e chiedendo alla Commissione di presentare al Consiglio una proposta a tal fine. Con lettera indirizzata alla Commissione nel marzo 2016, Cipro ha indicato la propria intenzione di partecipare all'instaurazione della cooperazione rafforzata; Cipro ha reiterato tale intenzione durante i lavori del Consiglio.

(12) Il 9 giugno 2016 il Consiglio ha adottato la decisione (UE) 2016/954 che autorizza tale cooperazione rafforzata.

(13) Ai sensi dell'articolo 328, paragrafo 1, TFUE, al momento della loro instaurazione le cooperazioni rafforzate sono aperte a tutti gli Stati membri, fatto salvo il rispetto delle eventuali condizioni di partecipazione stabilite dalla decisione di autorizzazione. La partecipazione alle cooperazioni rafforzate resta inoltre possibile in qualsiasi altro momento, fatto salvo il rispetto, oltre che delle condizioni summenzionate, degli atti già adottati in tale ambito. La Commissione e gli Stati membri che partecipano a una cooperazione rafforzata si dovrebbero adoperare per promuovere la partecipazione del maggior numero possibile di Stati membri. Il presente regolamento dovrebbe essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile soltanto negli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, ai sensi della decisione (UE) 2016/954, oppure ai sensi di una decisione adottata a norma dell'articolo 331, paragrafo 1, secondo o terzo comma, TFUE.

(14) In conformità all'articolo 81 TFUE, il presente regolamento dovrebbe applicarsi nel contesto degli effetti patrimoniali delle unioni registrate con implicazioni transfrontaliere.

(15) Al fine di garantire alle coppie non sposate la certezza del diritto quanto ai loro beni e una certa prevedibilità è opportuno riunire in un solo strumento tutte le norme applicabili agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

(16) Il modo in cui il diritto nazionale concepisce le forme di unione diverse dal matrimonio varia da uno Stato membro all'altro ed è opportuno operare una distinzione tra coppie la cui unione è istituzionalmente formalizzata mediante registrazione davanti a un'autorità pubblica e coppie che vivono in unione di fatto. Sebbene siano legalmente riconosciute da alcuni Stati membri, le unioni di fatto dovrebbero essere dissociate dalle unioni registrate, il cui carattere formale permette di tenere conto della loro specificità e di definire norme ad esse applicabili in uno strumento dell'Unione. Per facilitare il buon funzionamento del mercato interno è necessario eliminare gli ostacoli alla libera circolazione delle persone legate da unione registrata, in particolare quelli che creano difficoltà a queste coppie nel gestire e dividere i loro beni. Per conseguire tali obiettivi è opportuno che il presente regolamento raggruppi le disposizioni relative alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento o, secondo il caso, all'accettazione, all'esecutività e all'esecuzione di decisioni, atti pubblici e transazioni giudiziarie.

(17) Il presente regolamento dovrebbe disciplinare le questioni connesse agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. La nozione di «unione registrata» dovrebbe essere definita ai fini esclusivi del presente regolamento; il suo contenuto specifico dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli Stati membri. Nulla nel presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale.

(18) È opportuno che l'ambito di applicazione del presente regolamento comprenda tutti gli aspetti di diritto civile degli effetti patrimoniali delle unioni registrate, riguardanti tanto la gestione quotidiana dei beni dei partner quanto la liquidazione del regime patrimoniale, in particolare in seguito a separazione personale o morte di un partner.

(19) Il presente regolamento non dovrebbe applicarsi a settori del diritto civile diversi dagli effetti patrimoniali delle unioni registrate. A fini di chiarezza, diverse questioni che si potrebbero ritenere legate agli effetti patrimoniali delle unioni registrate dovrebbero essere esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione del presente regolamento.

(20) Pertanto, il presente regolamento non si dovrebbe applicare a questioni relative alla capacità giuridica generale dei partner; tale esclusione non dovrebbe tuttavia riguardare gli specifici poteri e diritti di uno o di entrambi i partner con riguardo ai beni, sia tra di essi che rispetto ai terzi, dato che tali poteri e diritti dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del presente regolamento.

(21) Il presente regolamento non si dovrebbe applicare ad altre questioni preliminari quali l'esistenza, la validità o il riconoscimento di un'unione registrata, che sono disciplinate dal diritto nazionale degli Stati membri, comprese le loro norme di diritto internazionale privato.

(22) Dato che le obbligazioni alimentari tra partner sono disciplinate dal regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio (6), esse dovrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione del presente regolamento, al pari delle questioni relative alla successione a causa di morte di un coniuge, disciplinate dal regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio (7).

(23) Le questioni relative ai diritti di trasferimento o adeguamento tra partner dei diritti alla pensione di anzianità o di invalidità, indipendentemente dalla loro natura, che sono maturati durante l'unione registrata e che non hanno generato reddito da pensione nel corso della stessa dovrebbero essere escluse dall'ambito di applicazione del presente regolamento, tenuto conto dei regimi specifici esistenti negli Stati membri. Tuttavia, questa eccezione dovrebbe essere interpretata in modo restrittivo. Il presente regolamento dovrebbe dunque disciplinare in particolare le questioni della classificazione delle attività pensionistiche, degli importi già versati a un partner nel corso dell'unione registrata e dell'eventuale compensazione concessa in caso di pensione costituita con beni comuni.

(24) Il presente regolamento dovrebbe consentire la creazione o il trasferimento derivante dagli effetti patrimoniali delle unioni registrate di un diritto su un bene immobile o mobile secondo la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. Non dovrebbe tuttavia incidere sul numero limitato (*numerus clausus*) dei diritti reali conosciuti nel diritto nazionale di taluni Stati membri. Uno Stato membro non dovrebbe essere tenuto a riconoscere un diritto reale su un bene situato sul suo territorio se il diritto reale in questione non è contemplato dalla sua legge nazionale.

(25) Per consentire tuttavia ai partner di godere in un altro Stato membro dei diritti che sono stati creati o trasferiti loro in forza degli effetti patrimoniali dell'unione registrata, il presente regolamento dovrebbe prevedere l'adattamento di un diritto reale non riconosciuto al diritto reale equivalente più vicino previsto dalla legge di tale altro Stato membro. Nel procedere all'adattamento occorre tener conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti. Ai fini della determinazione del diritto nazionale equivalente più vicino, le autorità o le persone competenti dello Stato o la cui legge si applica agli effetti patrimoniali dell'unione registrata possono essere contattate per ulteriori informazioni sulla natura e sugli effetti del diritto. A tale scopo, si potrebbero utilizzare le reti esistenti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale nonché qualsiasi altro mezzo disponibile che agevoli la comprensione di una legge straniera.

(26) L'adattamento di diritti reali non riconosciuti come esplicitamente previsto dal presente regolamento non dovrebbe precludere altre forme di adattamento nel contesto dell'applicazione del presente regolamento.

(27) I requisiti relativi all'iscrizione in un registro di un diritto su beni immobili o mobili dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento. Spetterebbe pertanto alla legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro determinare (per i beni immobili, la *lex rei sitae*) le condizioni legali e le modalità dell'iscrizione nonché le autorità incaricate, come registri fondiari o notai, di verificare che tutti i requisiti siano rispettati e che la documentazione presentata o prodotta sia sufficiente o contenga le informazioni necessarie. In particolare, le autorità possono verificare che il diritto di un partner sui beni di cui al documento presentato per la registrazione sia un diritto iscritto in quanto tale nel registro o sia altrimenti dimostrato in conformità alla legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro. Per evitare la duplicazione dei documenti, le autorità preposte alla registrazione dovrebbero accettare i documenti redatti dalle autorità competenti di un altro Stato membro la cui circolazione è prevista dal presente regolamento. Ciò non dovrebbe tuttavia precludere alle autorità preposte alla registrazione la facoltà di chiedere alla persona che sollecita la registrazione di fornire ulteriori informazioni o di presentare documenti aggiuntivi richiesti in virtù della legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro, per esempio informazioni o documenti relativi ai pagamenti fiscali. L'autorità competente può indicare alla persona che chiede la registrazione le modalità per fornire le informazioni o i documenti mancanti.

(28) Gli effetti dell'iscrizione di un diritto nel registro dovrebbero altresì essere esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento. Dovrebbe pertanto essere la legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro a determinare se l'iscrizione ha, per esempio, un effetto dichiarativo o costitutivo. Ove, per esempio, l'acquisizione di un diritto su un bene immobile debba essere iscritta in un registro a norma della legge dello Stato membro in cui è tenuto il registro al fine di assicurare l'efficacia erga omnes dei registri o di tutelare le transazioni giuridiche, il momento di detta acquisizione dovrebbe essere disciplinato dalla legge di tale Stato membro.

(29) Il presente regolamento dovrebbe rispettare i diversi sistemi che trattano questioni relative agli effetti patrimoniali delle unioni registrate applicati negli Stati membri. Ai fini del presente regolamento, al termine «autorità giurisdizionale» occorrerebbe pertanto attribuire un significato ampio, che comprenda non solo le autorità giurisdizionali *strictu sensu* che esercitano funzioni giudiziarie, ma anche, ad esempio, i notai di alcuni Stati membri che, in taluni casi riguardanti gli effetti patrimoniali delle unioni registrate, esercitano funzioni giudiziarie come le autorità giurisdizionali, nonché i notai e i professionisti legali che, in alcuni Stati membri, esercitano funzioni giudiziarie in un dato caso legato agli effetti patrimoniali dell'unione registrata per delega di competenza di un'autorità giurisdizionale. Tutte le autorità giurisdizionali quali definite nel presente regolamento dovrebbero essere soggette alle norme di competenza contenute nel regolamento stesso. Per contro, il termine «autorità giurisdizionale» non dovrebbe comprendere le autorità non giudiziarie degli Stati membri abilitate dalla legge nazionale a trattare questioni relative agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, come i notai della maggior parte degli Stati membri, qualora, come accade generalmente, non esercitino funzioni giudiziarie.

(30) Il presente regolamento dovrebbe consentire a tutti i notai competenti in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate negli Stati membri di esercitare tale competenza. I notai di un determinato Stato membro sono vincolati o meno dalle norme di competenza previste dal presente regolamento a seconda che rientrino o meno nella definizione di «autorità giurisdizionale» ai fini del regolamento stesso.

(31) Gli atti rilasciati dai notai in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate negli Stati membri dovrebbero circolare a norma del presente regolamento. Quando esercitano funzioni giudiziarie, i notai dovrebbero essere vincolati dalle norme di competenza fissate dal presente regolamento e le decisioni da essi assunte dovrebbero circolare conformemente alle disposizioni del presente regolamento relative al riconoscimento, all'esecutività e all'esecuzione delle decisioni. Quando non esercitano funzioni giudiziarie, i notai non dovrebbero essere vincolati da tali norme di competenza e gli atti pubblici da essi rilasciati dovrebbero circolare conformemente alle disposizioni del presente regolamento relative agli atti pubblici.

(32) Per tener conto della crescente mobilità delle coppie e favorire una buona amministrazione della giustizia, le norme sulla competenza di cui al presente regolamento dovrebbero fare in modo che i cittadini possano proporre le varie domande correlate alle autorità giurisdizionali di uno stesso Stato membro. A tal fine, il regolamento dovrebbe cercare di concentrare la competenza giurisdizionale sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate nello Stato membro delle autorità giurisdizionali chiamate a pronunciarsi sulla successione di un partner a norma del regolamento (UE) n. 650/2012 o sullo scioglimento o annullamento dell'unione registrata.

(33) Il presente regolamento dovrebbe prevedere che qualora il procedimento relativo alla successione di un partner sia pendente dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro adita ai sensi del regolamento (UE) n. 650/2012, le autorità giurisdizionali di tale Stato membro siano competenti a



decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali delle unioni registrate collegate alla successione in questione.

(34) Analogamente, le questioni inerenti agli effetti patrimoniali delle unioni registrate correlate al procedimento pendente dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro concernente la domanda di scioglimento o di annullamento di un'unione registrata dovrebbero essere trattate dall'autorità giurisdizionale di quello Stato membro, se sussiste accordo dei partner.

(35) Qualora le questioni inerenti agli effetti patrimoniali delle unioni registrate non siano correlate al procedimento pendente dinanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro concernente la successione di un partner oppure lo scioglimento o l'annullamento dell'unione registrata, il presente regolamento dovrebbe prevedere una serie di criteri di collegamento successivi ai fini della determinazione della competenza, a partire dalla residenza abituale dei partner nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale. L'ultimo criterio di competenza della serie dovrebbe fare riferimento allo Stato membro ai sensi della cui legge si è proceduto alla registrazione obbligatoria per costituire l'unione. Tali criteri di collegamento sono stabiliti in considerazione della crescente mobilità dei cittadini e al fine di garantire un criterio di collegamento oggettivo tra i partner e lo Stato membro nel quale è esercitata la competenza.

(36) Giacché l'istituto dell'unione registrata non è previsto in tutti gli Stati membri, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata possono, in via eccezionale, dichiarare la propria incompetenza ai sensi del presente regolamento. In tal caso le autorità giurisdizionali agiscono rapidamente e alle parti dovrebbe essere data la possibilità di agire in qualsiasi altro Stato membro competente in base a un criterio di collegamento, indipendentemente dall'ordine di tali criteri di competenza, nel rispetto dell'autonomia delle parti. Anche per l'autorità giurisdizionale adita in seguito a una dichiarazione d'incompetenza, diversa dalle autorità giurisdizionali dello Stato membro ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita, la cui competenza si basa sull'accordo relativo all'elezione del foro o sulla comparizione del convenuto, può rivelarsi necessaria, in via eccezionale, una dichiarazione di incompetenza alle stesse condizioni. Infine, onde prevenire situazioni di diniego di giustizia dovrebbe essere introdotta una norma di competenza alternativa per il caso in cui nessuna autorità giurisdizionale sia competente a conoscere della fattispecie alla luce delle altre disposizioni del presente regolamento.

(37) Al fine di accrescere la certezza del diritto, la prevedibilità e l'autonomia delle parti, il presente regolamento dovrebbe consentire alle parti, in determinate circostanze, di concludere un accordo relativo all'elezione del foro a favore delle autorità giurisdizionali dello Stato membro della legge applicabile o delle autorità giurisdizionali dello Stato membro in forza della cui legge l'unione registrata è stata costituita.

(38) Il presente regolamento non dovrebbe impedire alle parti di regolare la controversia amichevolmente in sede stragiudiziale, per esempio davanti a un notaio, in uno Stato membro di loro scelta ove ciò sia ammesso dalla legge di tale Stato membro. Questo dovrebbe valere anche qualora la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata non sia la legge di tale Stato membro.

(39) Per far sì che le autorità giurisdizionali di tutti gli Stati membri possano, in base agli stessi criteri, esercitare la competenza in ordine agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, il presente regolamento dovrebbe indicare in modo esaustivo i criteri in base ai quali è possibile esercitare la competenza sussidiaria.

(40) Al fine di porre rimedio in particolare a situazioni di diniego di giustizia, è opportuno prevedere nel presente regolamento un forum necessitatis che, in casi eccezionali, consenta all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro di decidere sugli effetti patrimoniali di un'unione registrata che abbia uno stretto collegamento con uno Stato terzo. Un tale caso eccezionale potrebbe presentarsi qualora un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato, per esempio a causa di una guerra civile o qualora non ci si possa ragionevolmente aspettare che il partner intenti o prosegua un procedimento in tale Stato. La competenza fondata sul forum necessitatis dovrebbe tuttavia essere esercitata soltanto se la causa presenta un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita.

(41) Nell'interesse del funzionamento armonioso della giustizia, dovrebbero essere evitate decisioni tra loro incompatibili in Stati membri diversi. A tal fine è opportuno che il presente regolamento contempli norme generali di procedura simili a quelle di altri strumenti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile. Una di queste norme di procedura è la norma sulla litispendenza che interviene qualora per la stessa causa relativa agli effetti patrimoniali di un'unione registrata siano adite autorità giurisdizionali diverse in Stati membri diversi. Tale norma determinerà quale autorità giurisdizionale debba occuparsi della causa.

(42) Affinché i cittadini possano beneficiare, nel rispetto della certezza del diritto, dei vantaggi offerti dal mercato interno, è necessario che il presente regolamento consenta ai partner di conoscere in anticipo la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata. Occorre pertanto introdurre norme armonizzate sul conflitto di leggi per evitare risultati contraddittori. La regola principale

dovrebbe garantire che gli effetti patrimoniali dell'unione registrata siano regolati da una legge prevedibile con la quale l'unione registrata presenta collegamenti stretti. Ai fini della certezza del diritto e onde evitare la frammentazione, la legge applicabile dovrebbe regolare l'insieme degli effetti patrimoniali dell'unione registrata, ossia tutti gli effetti patrimoniali riconducibili all'unione registrata, indipendentemente dalla natura dei beni o dal fatto che siano situati in un altro Stato membro o in uno Stato terzo.

(43) La legge determinata dal presente regolamento dovrebbe applicarsi anche ove non sia quella di uno Stato membro.

(44) Per agevolare ai partner la gestione dei beni, il presente regolamento dovrebbe autorizzarli a scegliere la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata, indipendentemente dalla natura o dall'ubicazione dei beni, tra le leggi che presentano uno stretto collegamento con i partner in ragione della residenza abituale o della cittadinanza dei medesimi. Tuttavia, per evitare di privare la scelta di legge di qualsiasi effetto e lasciare così i partner in un vuoto giuridico, tale scelta di legge dovrebbe essere limitata a una legge che attribuisca effetti patrimoniali alle unioni registrate. Sarà possibile operare tale scelta in qualsiasi momento: prima o all'atto della registrazione dell'unione o nel corso dell'unione registrata.

(45) Al fine di garantire la certezza del diritto in ordine ai negozi giuridici e impedire che sia modificata la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate senza che i partner ne siano a conoscenza, non dovrebbe esservi alcuna modifica di tale legge senza manifestazione espressa della volontà delle parti. Il cambiamento deciso dai partner non dovrebbe avere efficacia retroattiva, salvo che i partner l'abbiano espressamente stipulato. In ogni caso, non può pregiudicare i diritti dei terzi.

(46) È opportuno definire norme sulla validità sostanziale e formale di un accordo sulla scelta della legge applicabile, in modo che la scelta informata dei partner sia facilitata e che il loro consenso sia rispettato con l'obiettivo di garantire la certezza del diritto e un migliore accesso alla giustizia. Per quanto riguarda la validità formale, dovrebbero essere introdotte talune garanzie per assicurare che i partner siano consapevoli delle conseguenze della loro scelta. Come minimo l'accordo sulla scelta della legge applicabile dovrebbe essere redatto per iscritto, datato e firmato da entrambe le parti. Tuttavia, se la legge dello Stato membro in cui entrambi i partner hanno la residenza abituale nel momento in cui è concluso l'accordo prevede requisiti di forma supplementari, questi ultimi dovrebbero essere rispettati. Tali requisiti possono ad esempio esistere in uno Stato membro in cui l'accordo è incluso in una convenzione tra partner. Se, nel momento in cui è concluso l'accordo, la residenza abituale dei partner si trova in Stati membri diversi che prevedono requisiti di forma differenti, dovrebbe essere sufficiente che siano soddisfatti i requisiti di forma di uno dei due Stati. Se, nel momento in cui è concluso l'accordo, uno solo dei due partner ha la residenza abituale in uno Stato membro che prevede requisiti di forma supplementari, questi ultimi dovrebbero essere rispettati.

(47) Una convenzione tra partner è un tipo di disposizione patrimoniale tra partner la cui ammissibilità e accettazione variano nei diversi Stati membri. Al fine di agevolare l'accettazione negli Stati membri dei diritti patrimoniali dei partner acquisiti per effetto di una convenzione tra partner, si dovrebbero definire norme sulla validità formale di una convenzione tra partner. Come minimo la convenzione dovrebbe essere redatta per iscritto, datata e firmata da entrambe le parti. Tuttavia, la convenzione dovrebbe anche soddisfare gli ulteriori requisiti di validità formali previsti dalla legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata ai sensi del regolamento e della legge dello Stato membro in cui i partner hanno la residenza abituale. Il presente regolamento dovrebbe anche determinare la legge che disciplina la validità sostanziale di tale convenzione.

(48) In mancanza di scelta della legge applicabile, onde conciliare la prevedibilità e l'esigenza di certezza del diritto con le circostanze della vita reale di una coppia, il presente regolamento dovrebbe stabilire che la legge in base alla quale si è proceduto alla registrazione obbligatoria per costituire l'unione, si applica agli effetti patrimoniali dell'unione registrata.

(49) Laddove il presente regolamento si riferisca alla cittadinanza quale criterio di collegamento, la questione di come considerare una persona avente cittadinanza plurima è una questione preliminare che esula dall'ambito di applicazione del presente regolamento e dovrebbe essere lasciata alla legislazione nazionale, comprese, se del caso, convenzioni internazionali, nel pieno rispetto dei principi generali dell'Unione. Questa considerazione non dovrebbe avere alcun effetto sulla validità della scelta della legge applicabile, operata in conformità del presente regolamento.

(50) Per quanto riguarda la determinazione della legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate in assenza di una scelta di legge e di una convenzione tra partner, l'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, su richiesta di uno dei partner, dovrebbe poter concludere, in casi eccezionali in cui i partner si fossero trasferiti nello Stato di residenza abituale per un lungo periodo di tempo, che la legge di tale Stato è applicabile se i partner vi hanno fatto affidamento. In ogni caso, non può pregiudicare i diritti dei terzi.

(51) La legge designata come legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata dovrebbe regolare quest'ultima dal momento della classificazione dei beni di uno o entrambi i partner in

varie categorie durante l'unione registrata e dopo il suo scioglimento, fino alla liquidazione dei beni. Essa dovrebbe contemplare anche gli effetti patrimoniali dell'unione registrata sui rapporti giuridici tra un partner e i terzi. Tuttavia, la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate può essere fatta valere da un partner contro un terzo per disciplinare tali effetti solo qualora i rapporti giuridici tra il partner e il terzo siano sorti in un momento in cui il terzo era a conoscenza di tale legge o sarebbe stato tenuto ad esserne a conoscenza.

(52) In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico, quali la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica di uno Stato membro, le autorità giurisdizionali e altre autorità competenti degli Stati membri dovrebbero poter applicare eccezioni basate su norme di applicazione necessaria. Di conseguenza, il concetto di «norme di applicazione necessaria» dovrebbe comprendere norme di carattere imperativo quali quelle relative alla protezione della casa familiare. È tuttavia necessario che questa eccezione all'applicazione della legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata sia interpretata restrittivamente per essere compatibile con l'obiettivo generale del presente regolamento.

(53) In presenza di circostanze eccezionali, per ragioni di interesse pubblico le autorità giurisdizionali e altre autorità degli Stati membri competenti in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate dovrebbero altresì poter disattendere determinate disposizioni di una legge straniera qualora, in una precisa fattispecie, l'applicazione di tali disposizioni risultasse manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico dello Stato membro interessato. Tuttavia, alle autorità giurisdizionali o alle altre autorità competenti non dovrebbe essere consentito di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico per disattendere la legge di un altro Stato ovvero per rifiutare di riconoscere — o, se del caso, accettare — o eseguire una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria emessi in un altro Stato membro, qualora ciò avvenisse in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta»), in particolare del suo articolo 21 sul principio di non discriminazione.

(54) Poiché in alcuni Stati coesistono due o più sistemi giuridici o complessi di norme per le materie disciplinate dal presente regolamento, è opportuno prevedere in quale misura le disposizioni del presente regolamento si applicano nelle differenti unità territoriali di tali Stati.

(55) Alla luce dell'obiettivo generale, ossia il riconoscimento reciproco delle decisioni emesse negli Stati membri in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, il presente regolamento dovrebbe prevedere norme relative al riconoscimento, all'esecutività e all'esecuzione delle decisioni simili a quelle di altri strumenti dell'Unione nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile.

(56) Per tenere conto dei diversi sistemi che trattano questioni inerenti agli effetti patrimoniali delle unioni registrate negli Stati membri, è opportuno che il presente regolamento assicuri l'accettazione e l'esecutività in tutti gli Stati membri degli atti pubblici in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

(57) Gli atti pubblici dovrebbero avere in un altro Stato membro la stessa efficacia probatoria che hanno nello Stato membro d'origine, o gli effetti più comparabili. Nel determinare l'efficacia probatoria di un determinato atto pubblico in un altro Stato membro o gli effetti più comparabili, è opportuno fare riferimento alla natura e alla portata degli effetti probatori dell'atto pubblico nello Stato membro d'origine. L'efficacia probatoria di un atto pubblico in un altro Stato membro sarà perciò determinata dalla legge dello Stato membro d'origine.

(58) L'«autenticità» dell'atto pubblico dovrebbe essere un concetto autonomo comprendente elementi quali la genuinità dell'atto, i presupposti formali dell'atto, i poteri dell'autorità che redige l'atto e la procedura secondo la quale l'atto è redatto. Dovrebbe comprendere altresì gli elementi fattuali registrati dall'autorità interessata nell'atto pubblico, quali il fatto che le parti indicate sono comparse davanti a tale autorità nella data indicata e che hanno reso le dichiarazioni indicate. La parte che intenda contestare l'autenticità di un atto pubblico dovrebbe farlo davanti all'autorità giurisdizionale competente dello Stato membro d'origine dell'atto pubblico secondo la legge di tale Stato membro.

(59) I termini «negozi giuridici o rapporti giuridici registrati in un atto pubblico» dovrebbero essere intesi come riferiti al contenuto e alla sostanza registrati nell'atto pubblico. La parte che intenda contestare i negozi giuridici o i rapporti giuridici registrati in un atto pubblico dovrebbe farlo davanti alle autorità giurisdizionali competenti ai sensi del presente regolamento, che dovrebbero decidere conformemente alla legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata.

(60) Se una questione relativa ai negozi giuridici o ai rapporti giuridici registrati in un atto pubblico è sollevata in via incidentale in un procedimento davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, tale autorità giurisdizionale dovrebbe essere competente a decidere al riguardo.

(61) Un atto pubblico contestato non dovrebbe avere efficacia probatoria in uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine fintanto che la contestazione sia pendente. Se la contestazione riguarda solo una questione specifica relativa ai negozi giuridici o ai rapporti giuridici registrati in un atto pubblico, l'atto pubblico contestato non dovrebbe avere efficacia probatoria in uno Stato membro diverso dallo Stato membro d'origine per quanto concerne i punti contestati fino a quando la contesta-

zione è pendente. Un atto pubblico dichiarato invalido in seguito a una contestazione dovrebbe cessare di produrre qualsiasi effetto probatorio.

(62) L'autorità alla quale, nel contesto dell'applicazione del presente regolamento, fossero presentati due atti pubblici incompatibili dovrebbe valutare a quale atto pubblico debba essere eventualmente attribuita priorità, tenendo conto delle circostanze del caso specifico. Se da tali circostanze non dovesse emergere con chiarezza a quale atto pubblico debba essere eventualmente attribuita priorità, la questione dovrebbe essere definita dalle autorità giurisdizionali competenti ai sensi del presente regolamento o, qualora la questione fosse sollevata in via incidentale nel corso di un procedimento, dall'autorità giurisdizionale investita del procedimento. In caso di incompatibilità tra un atto pubblico e una decisione, si dovrebbe tener conto dei motivi di rifiuto di riconoscimento delle decisioni previsti dal presente regolamento.

(63) Il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione in materia di effetti patrimoniali dell'unione registrata ai sensi del presente regolamento non implicano in alcun modo il riconoscimento dell'unione registrata che ha dato luogo alla decisione.

(64) È opportuno disciplinare la relazione tra il presente regolamento e le convenzioni bilaterali o multilaterali in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate delle quali gli Stati membri sono parti.

(65) Al fine di facilitare l'applicazione del presente regolamento, è opportuno prevedere l'obbligo in capo agli Stati membri di comunicare talune informazioni concernenti la loro legislazione e le loro procedure in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate nell'ambito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, istituita con decisione 2001/470/CE del Consiglio (8). Per consentire la tempestiva pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea di tutte le informazioni rilevanti per l'applicazione pratica del presente regolamento, gli Stati membri dovrebbero comunicare tali informazioni anche alla Commissione prima che il presente regolamento inizi ad applicarsi.

(66) Sempre per facilitare l'applicazione del presente regolamento e permettere l'uso delle tecnologie di comunicazione moderne, occorre prevedere moduli standard per gli attestati da fornire nel quadro della domanda di dichiarazione di esecutività di una decisione, un atto pubblico o una transazione giudiziaria.

(67) Per il calcolo dei tempi e termini di cui al presente regolamento, si dovrebbe applicare il regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 del Consiglio (9).

(68) Al fine di garantire condizioni uniformi di esecuzione del presente regolamento, dovrebbero essere attribuite alla Commissione competenze di esecuzione per quanto riguarda la costituzione e la successiva modifica degli attestati e dei moduli riguardanti la dichiarazione di esecutività delle decisioni, delle transazioni giudiziarie e degli atti pubblici. Tali competenze devono essere esercitate in conformità al regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio (10).

(69) Per l'adozione degli atti di esecuzione che istituiscono e successivamente modificano gli attestati e i moduli di cui al presente regolamento si dovrebbe far ricorso alla procedura consultiva.

(70) Poiché gli obiettivi del presente regolamento, ossia garantire la libera circolazione delle persone nell'Unione, permettere ai partner di organizzare i rapporti patrimoniali tra loro e con terzi durante la vita di coppia e al momento della liquidazione dei loro beni, aumentare la prevedibilità e la certezza del diritto, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri ma, a motivo della portata e degli effetti del presente regolamento, possono essere conseguiti meglio a livello di Unione, se del caso mediante una cooperazione rafforzata tra Stati membri, l'Unione può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo.

(71) Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi sanciti dalla Carta, in particolare gli articoli 7, 9, 17, 21 e 47 relativi, rispettivamente, al rispetto della vita privata e della vita familiare, al diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali, al diritto di proprietà, al principio di non discriminazione e al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Le autorità giurisdizionali e le altre autorità competenti degli Stati membri devono applicare il presente regolamento nel rispetto di tali diritti e principi,

HA ADOTTATO IL PRESENTE REGOLAMENTO:



## Capo I: Ambito di applicazione e definizioni

### Articolo 1: Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento si applica agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. Esso non si applica alla materia fiscale, doganale e amministrativa.
2. Sono esclusi dall'ambito di applicazione del presente regolamento:
  - a) la capacità giuridica dei partner;
  - b) l'esistenza, la validità e il riconoscimento di un'unione registrata;
  - c) le obbligazioni alimentari;
  - d) la successione a causa di morte del partner;
  - e) la sicurezza sociale;
  - f) il diritto di trasferimento o adeguamento tra partner, in caso di scioglimento o annullamento dell'unione registrata, dei diritti a pensione di anzianità o di invalidità maturati durante l'unione registrata e che non hanno generato reddito da pensione nel corso della stessa;
  - g) la natura dei diritti reali;
  - h) qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

### Articolo 2: Competenza in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate negli Stati membri

Il presente regolamento lascia impregiudicata la competenza delle autorità degli Stati membri a trattare questioni inerenti agli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

### Articolo 3: Definizioni

1. Ai fini del presente regolamento si intende per:
  - a) «unione registrata»: il regime di comunione di vita tra due persone previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione;
  - b) «effetti patrimoniali di un'unione registrata»: l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei partner tra loro e verso terzi, in conseguenza del rapporto giuridico creato dalla registrazione dell'unione o del suo scioglimento;
  - c) «convenzione tra partner»: qualsiasi accordo tra i partner o i futuri partner con il quale essi organizzano gli effetti patrimoniali della loro unione registrata;
  - d) «atto pubblico»: qualsiasi documento in materia di effetti patrimoniali dell'unione registrata che sia stato formalmente redatto o registrato come atto pubblico in uno Stato membro e la cui autenticità:
    - i) riguardi la firma e il contenuto dell'atto pubblico;
    - ii) sia stata attestata da un'autorità pubblica o da altra autorità a tal fine autorizzata dallo Stato membro d'origine;
  - e) «decisione»: a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione in materia di effetti patrimoniali dell'unione registrata emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresa una decisione sulla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere;
  - f) «transazione giudiziaria»: la transazione in materia di effetti patrimoniali dell'unione registrata approvata dall'autorità giurisdizionale o conclusa dinanzi all'autorità giurisdizionale nel corso di un procedimento;
  - g) «Stato membro d'origine»: lo Stato membro in cui è stata emessa la decisione, è stato formato l'atto pubblico o è stata approvata o conclusa la transazione giudiziaria;
  - h) «Stato membro dell'esecuzione»: lo Stato membro in cui vengono richiesti il riconoscimento e/o l'esecuzione della decisione, dell'atto pubblico o della transazione giudiziaria.
2. Ai fini del presente regolamento per «autorità giurisdizionale» s'intende qualsiasi autorità giudiziaria e tutte le altre autorità e i professionisti legali competenti in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate che esercitano funzioni giudiziarie o agiscono per delega di competenza di un'autorità giudiziaria o sotto il suo controllo, purché tali altre autorità e professionisti legali offrano garanzie circa l'imparzialità e il diritto di audizione delle parti e purché le decisioni che prendono ai sensi della legge dello Stato membro in cui operano:
  - a) possano formare oggetto di ricorso o riesame davanti a un'autorità giudiziaria;

- b) abbiano forza ed effetto equivalenti a quelli di una decisione dell'autorità giudiziaria nella stessa materia.

Gli Stati membri notificano alla Commissione, conformemente all'articolo 64, le altre autorità e i professionisti legali di cui al primo comma.

## Capo II: Competenza

### Articolo 4: Competenza in caso di morte di un partner

Se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è adita in merito alla successione di un partner ai sensi del regolamento (UE) n. 650/2012, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali dell'unione registrata correlate alla causa di successione in questione.

### Articolo 5: Competenza in caso di scioglimento o annullamento

1. Se un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro è investita di una domanda di scioglimento o annullamento di un'unione registrata, le autorità giurisdizionali di tale Stato sono competenti a decidere sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata connessi con tale caso di scioglimento o annullamento, se sussiste accordo dei partner.
2. Se è concluso prima che l'autorità giurisdizionale sia adita per decidere su questioni inerenti agli effetti patrimoniali dell'unione registrata, l'accordo di cui al paragrafo 1 del presente articolo, deve essere conforme all'articolo 7.

### Articolo 6: Competenza negli altri casi

Se nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi degli articoli 4 e 5 o in casi diversi da quelli previsti da tali articoli, sono competenti a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali dell'unione registrata le autorità giurisdizionali dello Stato membro:

- a) nel cui territorio si trova la residenza abituale dei partner nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale o, in mancanza,
- b) nel cui territorio si trova l'ultima residenza abituale dei partner se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale o, in mancanza,
- c) nel cui territorio si trova la residenza abituale del convenuto nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale o, in mancanza,
- d) di cittadinanza comune dei partner nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale o, in mancanza,
- e) ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.

### Articolo 7: Elezione del foro

1. Nei casi contemplati all'articolo 6 le parti possono concordare di attribuire la competenza esclusiva a decidere sulle questioni inerenti agli effetti patrimoniali della loro unione registrata alle autorità giurisdizionali dello Stato membro la cui legge è applicabile ai sensi dell'articolo 22 e dell'articolo 26, paragrafo 1, a quelle dello Stato membro ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.
2. L'accordo di cui al paragrafo 1 è espresso per iscritto, datato e firmato dalle parti. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo.

### Articolo 8: Competenza fondata sulla comparizione del convenuto

1. Oltre che nei casi in cui la sua competenza risulta da altre disposizioni del presente regolamento, è competente l'autorità giurisdizionale dello Stato membro la cui legge è applicabile ai sensi dell'articolo 22 o dell'articolo 26 paragrafo 1, e dinanzi alla quale compare il convenuto. Tale norma non è applicabile se la comparizione è effettuata per eccepire l'incompetenza o nei casi contemplati dall'articolo 4.

2. Prima di dichiararsi competente ai sensi del paragrafo 1, l'autorità giurisdizionale assicura che il convenuto sia informato del suo diritto di eccepire l'incompetenza e degli effetti della comparizione o della mancata comparizione.

### **Articolo 9: Competenza alternativa**

1. Se un'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente ai sensi degli articoli 4, 5, o dell'articolo 6, lettere a), b), c) o d) ritiene che il suo diritto nazionale non contempli l'istituto dell'unione registrata, declinare la propria competenza. Se decide di declinare la propria competenza, l'autorità giurisdizionale vi procede senza indebito ritardo.
2. Se un'autorità giurisdizionale di cui al paragrafo 1 del presente articolo declina la propria competenza e le parti concordano di attribuire la competenza alle autorità giurisdizionali di qualsiasi altro Stato membro ai sensi dell'articolo 7, le autorità giurisdizionali di detto Stato membro sono competenti a decidere sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata.

Negli altri casi, sono competenti a decidere sugli effetti patrimoniali di un'unione registrata le autorità giurisdizionali di qualsiasi Stato membro ai sensi dell'articolo 6 o 8.

3. Il presente articolo non si applica se le parti hanno ottenuto una decisione di scioglimento o annullamento di un'unione registrata che può essere riconosciuta nello Stato membro del foro.

### **Articolo 10: Competenza sussidiaria**

Se nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro è competente ai sensi degli articoli 4, 5, 6, 7 o 8, o se tutte le autorità giurisdizionali ai sensi dell'articolo 9 hanno declinato la propria competenza e nessuna autorità giurisdizionale ha competenza ai sensi dell'articolo 6, lettera e), o degli articoli 7 o 8, sono competenti le autorità giurisdizionali di uno Stato membro nella misura in cui beni immobili di uno o entrambi i partner sono situati nel suo territorio, nel qual caso l'autorità giurisdizionale adita è competente a pronunciarsi solo su quei beni immobili.

### **Articolo 11: *Forum necessitatis***

Qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente in forza degli articoli 4, 5, 6, 7, 8 o 10, o se tutte le autorità giurisdizionali ai sensi dell'articolo 9 hanno declinato la propria competenza e nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro ha competenza ai sensi dell'articolo 6, lettera e) o degli articoli 7, 8 o 10, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono, in via eccezionale, conoscere di una controversia in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la causa ha uno stretto collegamento.

La causa deve presentare un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita.

### **Articolo 12: Competenza in caso di domanda riconvenzionale**

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale pende un procedimento in forza degli articoli 4, 5, 6, 7, 8, 10 o 11 è altresì competente a esaminare la domanda riconvenzionale se essa rientra nell'ambito di applicazione del presente regolamento.

### **Articolo 13: Limitazione del procedimento**

1. Se l'eredità la cui successione rientra nell'ambito di applicazione del regolamento (UE) n. 650/2012 comprende beni situati in uno Stato terzo, l'autorità giurisdizionale adita per decidere sugli effetti patrimoniali dell'unione registrata può, su richiesta di una delle parti, astenersi dal decidere su uno o più di tali beni qualora si possa supporre che la sua decisione sui beni in questione non sarà riconosciuta né, se del caso, dichiarata esecutiva in tale Stato terzo.
2. Il paragrafo 1 non pregiudica il diritto delle parti di limitare l'oggetto del procedimento ai sensi della legge dello Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita.

### **Articolo 14: Adizione di un'autorità giurisdizionale**

Ai fini del presente capo, un'autorità giurisdizionale si considera adita:

- a) alla data in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente è depositato presso l'autorità giurisdizionale, a condizione che l'attore non abbia in seguito omissso di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse notificato o comunicato al convenuto;
- b) se l'atto deve essere notificato o comunicato prima di essere depositato presso l'autorità giurisdizionale, alla data della sua ricezione da parte dell'autorità incaricata della notificazione o comunicazione, a condizione che l'attore non abbia in seguito omissso di prendere le misure che era tenuto a prendere affinché l'atto fosse depositato presso l'autorità giurisdizionale; o
- c) se il procedimento è avviato d'ufficio, alla data in cui l'autorità giurisdizionale prende la decisione di avviare il procedimento o, qualora tale decisione non sia richiesta, alla data in cui la causa è registrata dall'autorità giurisdizionale.

### **Articolo 15: Verifica della competenza**

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro investita di una causa in materia di effetti patrimoniali di un'unione registrata per la quale non è competente in base al presente regolamento dichiara d'ufficio la propria incompetenza.

### **Articolo 16: Verifica della ricevibilità**

1. Se il convenuto che ha la residenza abituale in uno Stato diverso dallo Stato membro in cui l'azione è stata proposta non compare, l'autorità giurisdizionale competente ai sensi del presente regolamento sospende il procedimento finché non sia accertato che il convenuto è stato messo nelle condizioni di ricevere la domanda giudiziale o un atto equivalente in tempo utile a consentirgli di presentare le proprie difese o che sono stati effettuati tutti gli adempimenti in tal senso.
2. In luogo del paragrafo 1 si applica l'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1393/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, (11), qualora sia stato necessario trasmettere da uno Stato membro a un altro la domanda giudiziale o un atto equivalente a norma di tale regolamento.
3. Ove il regolamento (CE) n. 1393/2007 non sia applicabile, si applica l'articolo 15 della convenzione dell'Aia, del 15 novembre 1965, relativa alla notificazione e alla comunicazione all'estero degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, qualora sia stato necessario trasmettere all'estero la domanda giudiziale o un atto equivalente ai sensi della suddetta convenzione.

### **Articolo 17: Litispendenza**

1. Qualora davanti ad autorità giurisdizionali di Stati membri differenti e tra le stesse parti siano state proposte domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo, l'autorità giurisdizionale successivamente adita sospende d'ufficio il procedimento finché sia stata accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita in precedenza.
2. Nei casi di cui al paragrafo 1, su istanza dell'autorità giurisdizionale investita della controversia, qualsiasi altra autorità giurisdizionale adita comunica senza indugio alla prima autorità giurisdizionale la data in cui è stata adita.
3. Ove sia accertata la competenza dell'autorità giurisdizionale adita per prima, l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore della prima.

### **Articolo 18: Connessione**

1. Ove più cause connesse siano pendenti dinanzi ad autorità giurisdizionali di Stati membri differenti, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può sospendere il procedimento.
2. Se le cause di cui al paragrafo 1 sono pendenti in primo grado, l'autorità giurisdizionale successivamente adita può parimenti dichiarare la propria incompetenza su richiesta di una delle parti a condizione che l'autorità giurisdizionale adita per prima sia competente a conoscere delle domande proposte e la sua legge consenta la riunione dei procedimenti.
3. Ai fini del presente articolo sono connesse le cause aventi tra di loro un legame così stretto da rendere opportune una trattazione e una decisione uniche per evitare decisioni tra loro incompatibili ove le cause fossero trattate separatamente.

### **Articolo 19: Provvedimenti provvisori e cautelari**

I provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge di uno Stato membro possono essere richiesti alle autorità giurisdizionali di tale Stato anche se, in forza del presente regolamento, la competenza a conoscere nel merito è riconosciuta alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro.



## Capo III: Legge applicabile

### Articolo 20: Applicazione universale

La legge designata come applicabile dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro.

### Articolo 21: Unità della legge applicabile

La legge applicabile agli effetti patrimoniali di un'unione registrata si applica alla totalità dei beni soggetti a tali effetti, a prescindere dal luogo in cui si trovano.

### Articolo 22: Scelta della legge applicabile

1. I partner o futuri partner possono designare o modificare di comune accordo la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata, a condizione che tale legge attribuisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata e tale legge sia una delle seguenti:
  - a) la legge dello Stato della residenza abituale dei partner o futuri partner, o di uno di essi, al momento della conclusione della convenzione;
  - b) la legge di uno Stato di cui uno dei partner o futuri partner ha la cittadinanza al momento della conclusione della convenzione; o
  - c) la legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.
2. Salvo diverso accordo dei partner, il cambiamento della legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata deciso nel corso dell'unione ha effetti solo per il futuro.
3. Qualunque cambiamento retroattivo della legge applicabile ai sensi del paragrafo 2 non pregiudica i diritti dei terzi derivanti da tale legge.

### Articolo 23: Validità formale dell'accordo sulla scelta della legge applicabile

1. L'accordo di cui all'articolo 22 è redatto per iscritto, datato e firmato da entrambi i partner. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell'accordo.
2. Se la legge dello Stato membro in cui entrambi i partner hanno la residenza abituale al momento della conclusione dell'accordo prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni tra partner, si applicano tali requisiti.
3. Se, al momento della conclusione dell'accordo, la residenza abituale dei partner si trova in Stati membri diversi e se la legge di tali Stati prevede requisiti di forma differenti per le convenzioni tra partner, l'accordo è valido, quanto alla forma, se soddisfa i requisiti della legge di uno dei due Stati.
4. Se, al momento della conclusione dell'accordo, uno solo dei partner ha la residenza abituale in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni tra partner, si applicano tali requisiti.

### Articolo 24: Consenso e validità sostanziale

1. L'esistenza e la validità di un accordo sulla scelta della legge o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile ai sensi dell'articolo 22 se l'accordo o la disposizione fossero validi.
2. Un partner, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del suo comportamento secondo la legge prevista nel paragrafo 1.

### Articolo 25: Validità formale della convenzione tra partner

1. La convenzione tra partner è redatta per iscritto, datata e firmata da entrambi i partner. Si considera equivalente alla forma scritta qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione durevole dell'accordo.

2. Se la legge dello Stato membro in cui entrambi i partner hanno la residenza abituale al momento della conclusione della convenzione prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni tra partner, si applicano tali requisiti.

Se, al momento della conclusione della convenzione, la residenza abituale dei partner si trova in Stati membri diversi e se la legge di tali Stati prevede requisiti di forma differenti per le convenzioni tra partner, la convenzione è valida, quanto alla forma, se soddisfa i requisiti della legge di uno dei due Stati.

Se, al momento della conclusione della convenzione, uno solo dei partner ha la residenza abituale in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni tra partner, si applicano tali requisiti.

3. Se la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata impone requisiti formali supplementari, si applicano tali requisiti.

#### **Articolo 26: Legge applicabile in mancanza di scelta delle parti**

1. In mancanza di un accordo a scelta delle parti ai sensi dell'articolo 22, la legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate è quella dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita.
2. In via eccezionale e su richiesta di uno dei partner, l'autorità giudiziaria competente a decidere su questioni inerenti agli effetti patrimoniali di un'unione registrata può decidere che la legge di uno Stato diverso da quello la cui legge è applicabile ai sensi del paragrafo 1 disciplini gli effetti patrimoniali dell'unione registrata se la legge di tale altro Stato attribuisce effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata e se l'istante dimostra che:
  - a) i partner avevano l'ultima residenza abituale comune in tale Stato per un periodo significativamente lungo;
  - b) entrambi i partner hanno fatto affidamento sulla legge di tale altro Stato nell'organizzazione o pianificazione dei loro rapporti patrimoniali.

La legge di tale altro Stato si applica dalla costituzione dell'unione registrata, salvo disaccordo di uno dei partner. In quest'ultimo caso, la legge di tale altro Stato ha effetto a decorrere dallo stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato.

L'applicazione della legge dell'altro Stato non pregiudica i diritti dei terzi derivanti dalla legge applicabile ai sensi del paragrafo 1.

Il presente paragrafo non si applica se i partner hanno concluso una convenzione tra partner prima della data di stabilimento dell'ultima residenza abituale comune in tale altro Stato.

#### **Articolo 27: Ambito della legge applicabile**

La legge applicabile agli effetti patrimoniali delle unioni registrate ai sensi del presente regolamento determina tra l'altro:

- a) la classificazione dei beni di uno o entrambi i partner in varie categorie durante e dopo l'unione registrata;
- b) il passaggio dei beni da una categoria all'altra;
- c) la responsabilità di un partner per le passività e i debiti dell'altro partner;
- d) i poteri, i diritti e gli obblighi di uno dei partner o di entrambi i partner con riguardo ai beni;
- e) la divisione, distribuzione o liquidazione dei beni all'atto dello scioglimento dell'unione registrata;
- f) le conseguenze degli effetti patrimoniali delle unioni registrate sui rapporti giuridici tra un coniuge e i terzi;
- g) la validità formale della convenzione tra partner.

#### **Articolo 28: Opponibilità a terzi**

1. In deroga all'articolo 27, lettera f), la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata non può essere fatta valere da un partner contro un terzo in una controversia tra il terzo e uno o entrambi i partner salvo che il terzo fosse a conoscenza di tale legge, o fosse tenuto ad esserne a conoscenza esercitando la dovuta diligenza.
2. Si presume che il terzo sia a conoscenza della legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata, se:
  - a) tale legge è la legge
    - i) dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un partner e il terzo,
    - ii) dello Stato in cui il partner contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale, o
    - iii) in casi riguardanti beni immobili, dello Stato in cui sono ubicati i beni;

- oppure
- b) uno dei partner ha adempiuto gli obblighi applicabili in materia di pubblicità o registrazione degli effetti patrimoniali dell'unione registrata prescritti dalla legge:
    - i) dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un partner e il terzo,
    - ii) dello Stato in cui il partner contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale, o
    - iii) in casi riguardanti beni immobili, dello Stato in cui sono ubicati i beni.
3. Se la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata non può essere fatta valere da un partner contro un terzo in virtù del paragrafo 1, gli effetti patrimoniali dell'unione registrata rispetto al terzo sono disciplinati:
- a) dalla legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un partner e il terzo; o
  - b) in casi riguardanti beni immobili o beni o diritti registrati, dalla legge dello Stato in cui è ubicato il bene o in cui sono registrati i beni o i diritti.

### **Articolo 29: Adattamento dei diritti reali**

Se una persona invoca un diritto reale che le spetta secondo la legge applicabile agli effetti patrimoniali dell'unione registrata e la legge dello Stato membro in cui il diritto è invocato non conosce il diritto reale in questione, tale diritto è adattato, se necessario e nella misura del possibile, al diritto equivalente più vicino previsto dalla legge di tale Stato, tenendo conto degli obiettivi e degli interessi perseguiti dal diritto reale in questione nonché dei suoi effetti.

### **Articolo 30: Norme di applicazione necessaria**

1. Il presente regolamento non osta all'applicazione delle norme di applicazione necessaria della legge del foro.
2. Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da uno Stato membro per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro ambito d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile agli effetti patrimoniali di un'unione registrata ai sensi del presente regolamento.

### **Articolo 31: Ordine pubblico del foro**

L'applicazione di una disposizione della legge di uno Stato specificata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

### **Articolo 32: Esclusione del rinvio**

Qualora il presente regolamento determini l'applicazione della legge di uno Stato, esso si riferisce all'applicazione delle norme giuridiche in vigore in quello Stato, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato.

### **Articolo 33: Ordinamenti plurilegislativi a base territoriale**

1. Se la legge designata dal presente regolamento è quella di uno Stato che si compone di più unità territoriali, ciascuna delle quali ha una propria normativa in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, le norme interne di tale Stato in materia di conflitti di legge determinano l'unità territoriale pertinente la cui normativa si applica.
2. In mancanza di norme interne in materia di conflitti di legge:
  - a) ogni riferimento alla legge dello Stato di cui al paragrafo 1 deve intendersi, ai fini della determinazione della legge designata da disposizioni che si riferiscono alla residenza abituale dei partner, come riferimento alla legge dell'unità territoriale in cui i partner hanno la residenza abituale;
  - b) ogni riferimento alla legge dello Stato di cui al paragrafo 1 deve intendersi, ai fini della determinazione della legge designata dalle disposizioni che si riferiscono alla cittadinanza dei partner, come riferimento alla legge dell'unità territoriale con cui i partner hanno il collegamento più stretto;
  - c) ogni riferimento alla legge dello Stato di cui al paragrafo 1 deve intendersi, ai fini della determinazione della legge designata da disposizioni che si riferiscono ad altri elementi quali criteri di collegamento, come riferimento alla legge dell'unità territoriale in cui l'elemento in questione è situato.

**Articolo 34: Ordinamenti plurilegislativi a base personale**

Se uno Stato ha due o più sistemi giuridici o complessi di norme applicabili a categorie diverse di persone in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, ogni riferimento alla legge di tale Stato deve intendersi come riferimento al sistema giuridico o al complesso di norme determinato dalle norme in vigore in tale Stato. In mancanza di tali norme, si applica il sistema giuridico o il complesso di norme con cui i partner hanno il collegamento più stretto.

**Articolo 35: Non applicazione del presente regolamento ai conflitti interni di leggi**

Uno Stato membro che si compone di più unità territoriali, ciascuna con una propria normativa in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, non è tenuto ad applicare il presente regolamento ai conflitti di legge che riguardano unicamente tali unità.

**Capo IV: Riconoscimento, esecutività ed esecuzione delle decisioni****Articolo 36: Riconoscimento**

1. Le decisioni emesse in uno Stato membro sono riconosciute negli altri Stati membri senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento particolare.
2. In caso di contestazione, ogni parte interessata che chieda il riconoscimento in via principale di una decisione può far accertare, secondo il procedimento di cui agli articoli da 44 a 57, che la decisione deve essere riconosciuta.
3. Se il riconoscimento è richiesto in via incidentale in un procedimento davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, tale autorità giurisdizionale è competente al riguardo.

**Articolo 37: Motivi di diniego del riconoscimento**

Le decisioni non sono riconosciute:

- a) se il riconoscimento è manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento;
- b) se la domanda giudiziale o un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace in tempo utile e in modo tale da consentirgli di presentare la propria difesa, eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, egli non abbia impugnato la decisione;
- c) se sono incompatibili con una decisione emessa in un procedimento tra le stesse parti nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento;
- d) se sono incompatibili con una decisione emessa precedentemente tra le stesse parti in un altro Stato membro o in un paese terzo, in un procedimento avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, qualora tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro in cui è richiesto il riconoscimento.

**Articolo 38: Diritti fondamentali**

Le autorità giurisdizionali e le altre autorità competenti degli Stati membri applicano l'articolo 37 del presente regolamento nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi riconosciuti dalla Carta, in particolare l'articolo 21 sul principio di non discriminazione.

**Articolo 39: Divieto di riesame della competenza dell'autorità giurisdizionale d'origine**

1. La competenza dell'autorità giurisdizionale dello Stato membro d'origine non può formare oggetto di riesame.
2. Il criterio dell'ordine pubblico di cui all'articolo 37 non si applica alle norme sulla competenza di cui agli articoli da 4 a 12.



**Articolo 40: Divieto di riesame del merito**

La decisione emessa in uno Stato membro non può in alcun caso formare oggetto di un riesame del merito.

**Articolo 41: Sospensione del procedimento di riconoscimento**

L'autorità giurisdizionale di uno Stato membro davanti alla quale è chiesto il riconoscimento di una decisione emessa in un altro Stato membro può sospendere il procedimento se la decisione è stata impugnata con un mezzo ordinario nello Stato membro d'origine.

**Articolo 42: Esecutività**

Le decisioni emesse in uno Stato membro e ivi esecutive sono eseguite in un altro Stato membro dopo essere state ivi dichiarate esecutive su istanza di una parte interessata secondo la procedura di cui agli articoli da 44 a 57.

**Articolo 43: Determinazione del domicilio**

Per determinare se, ai fini della procedura di cui agli articoli da 44 a 57, una parte sia domiciliata nello Stato membro dell'esecuzione, l'autorità giurisdizionale adita applica la legge interna di tale Stato membro.

**Articolo 44: Competenza territoriale**

1. La domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività è proposta all'autorità giurisdizionale o all'autorità competente dello Stato membro dell'esecuzione comunicata da tale Stato membro alla Commissione conformemente all'articolo 64.
2. La competenza territoriale è determinata dal luogo di domicilio della parte contro cui viene chiesta l'esecuzione, o dal luogo dell'esecuzione.

**Articolo 45: Procedura**

1. La procedura di domanda è disciplinata dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.
2. L'istante non è tenuto a disporre di un recapito postale, né di un rappresentante autorizzato nello Stato membro dell'esecuzione.
3. La domanda è corredata dei seguenti documenti:
  - a) una copia della decisione che soddisfi le condizioni necessarie per stabilirne l'autenticità;
  - b) l'attestato rilasciato dall'autorità giurisdizionale o dall'autorità competente dello Stato membro d'origine utilizzando il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 67, paragrafo 2, fatto salvo quanto stabilito all'articolo 46.

**Articolo 46: Mancata produzione dell'attestato**

1. Qualora l'attestato di cui all'articolo 45, paragrafo 3, lettera b), non venga prodotto, l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente può fissare un termine per la sua presentazione o accettare un documento equivalente ovvero, qualora ritenga di essere informata a sufficienza, disporre la dispensa.
2. Qualora l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente lo richieda, deve essere presentata una traduzione o una traslitterazione dei documenti. La traduzione è effettuata da una persona abilitata a eseguire traduzioni in uno degli Stati membri.

**Articolo 47: Dichiarazione di esecutività**

La decisione è dichiarata esecutiva non appena espletate le formalità di cui all'articolo 45 senza alcun esame ai sensi dell'articolo 37. La parte contro cui l'esecuzione viene chiesta non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni.

#### **Articolo 48: Notificazione della decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività**

1. La decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività è immediatamente comunicata all'istante secondo le modalità previste dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.
2. La dichiarazione di esecutività è notificata o comunicata alla parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, corredata della decisione qualora quest'ultima non sia già stata notificata o comunicata a tale parte.

#### **Articolo 49: Ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività**

1. Ciascuna delle parti può proporre ricorso contro la decisione relativa alla domanda volta a ottenere una dichiarazione di esecutività.
2. Il ricorso è proposto davanti all'autorità giurisdizionale comunicata dallo Stato membro interessato alla Commissione in conformità all'articolo 64.
3. Il ricorso è esaminato secondo le norme sul procedimento in contraddittorio.
4. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non compare davanti all'autorità giurisdizionale investita del ricorso nel procedimento riguardante l'azione proposta dall'istante, si applicano le disposizioni dell'articolo 16 anche se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione non è domiciliata in uno degli Stati membri.
5. Il ricorso contro la dichiarazione di esecutività è proposto entro un termine di trenta giorni dalla notificazione o comunicazione della stessa. Se la parte contro la quale è chiesta l'esecuzione è domiciliata in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata rilasciata la dichiarazione di esecutività, il termine è di sessanta giorni a decorrere dalla data della notificazione o comunicazione in mani proprie o nella residenza. Detto termine non è prorogabile per ragioni inerenti alla distanza.

#### **Articolo 50: Impugnazione della decisione emessa sul ricorso**

La decisione emessa sul ricorso può essere impugnata solo nei modi comunicati dallo Stato membro interessato alla Commissione conformemente all'articolo 64.

#### **Articolo 51: Rifiuto o revoca di una dichiarazione di esecutività**

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è stato proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 49 o dell'articolo 50 rifiuta o revoca la dichiarazione di esecutività solo per uno dei motivi contemplati dall'articolo 37. Essa si pronuncia senza indugio.

#### **Articolo 52: Sospensione del procedimento**

L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 49 o dell'articolo 50, su istanza della parte contro la quale è chiesta l'esecuzione, sospende il procedimento se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro d'origine per la presentazione di un ricorso.

#### **Articolo 53: Provvedimenti provvisori e cautelari**

1. Qualora una decisione debba essere riconosciuta in conformità del presente capo, nulla osta a che l'istante chieda provvedimenti provvisori o cautelari in conformità della legge dello Stato membro dell'esecuzione, senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività ai sensi dell'articolo 47.
2. La dichiarazione di esecutività implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari.
3. In pendenza del termine di cui all'articolo 49, paragrafo 5, per proporre il ricorso contro la dichiarazione di esecutività e fino a quando non sia stata adottata alcuna decisione su di esso, può procedersi solo a provvedimenti cautelari sui beni della parte contro cui è chiesta l'esecuzione.

#### **Articolo 54: Esecutività parziale**

1. Se la decisione ha statuito su vari capi della domanda e la dichiarazione di esecutività non può essere rilasciata per tutti i capi, l'autorità giurisdizionale o l'autorità competente rilasciano la dichiarazione di esecutività solo per uno o più di essi.
2. L'istante può richiedere una dichiarazione di esecutività parziale della decisione.

**Articolo 55: Patrocinio a spese dello Stato**

L'istante che nello Stato membro d'origine ha beneficiato in tutto o in parte del patrocinio a spese dello Stato o dell'esenzione dai costi o dalle spese beneficia, nel procedimento per la dichiarazione di esecutività, del patrocinio più favorevole o dell'esenzione più ampia previsti dalla legge dello Stato membro dell'esecuzione.

**Articolo 56: Assenza di garanzie, cauzioni o depositi**

Alla parte che chiede il riconoscimento, l'esecutività o l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione emessa in un altro Stato membro non deve essere imposta la costituzione di garanzie, cauzioni o depositi, comunque denominati, a motivo della cittadinanza straniera o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro dell'esecuzione.

**Articolo 57: Assenza di imposte, diritti o tasse**

Nei procedimenti relativi al rilascio di una dichiarazione di esecutività non sono riscossi, nello Stato membro dell'esecuzione, imposte, diritti o tasse proporzionali al valore della controversia.

**Capo V: Atti pubblici e transazioni giudiziarie****Articolo 58: Accettazione degli atti pubblici**

1. Un atto pubblico redatto in uno Stato membro ha in un altro Stato membro la stessa efficacia probatoria che ha nello Stato membro d'origine o produce gli effetti più comparabili, a condizione che ciò non sia manifestamente contrario all'ordine pubblico dello Stato membro interessato.  
Una persona che intende utilizzare un atto pubblico in un altro Stato membro può chiedere all'autorità che redige l'atto pubblico nello Stato membro d'origine di compilare il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 67, paragrafo 2, precisando quali sono gli effetti probatori che l'atto pubblico ha nello Stato membro d'origine.
2. Qualsiasi contestazione riguardo all'autenticità di un atto pubblico è proposta davanti alle autorità giurisdizionali dello Stato membro d'origine ed è decisa secondo la legge di tale Stato. L'atto pubblico contestato non ha nessuna efficacia probatoria negli altri Stati membri fino a quando la contestazione è pendente davanti all'autorità giurisdizionale competente.
3. Qualsiasi contestazione riguardo ai negozi giuridici o ai rapporti giuridici registrati in un atto pubblico è proposta davanti alle autorità giurisdizionali competenti ai sensi del presente regolamento ed è decisa secondo la legge applicabile a norma del capo III. L'atto pubblico contestato non ha nessuna efficacia probatoria negli Stati membri diversi dallo Stato membro d'origine per quanto concerne i punti contestati fino a quando la contestazione è pendente davanti all'autorità giurisdizionale competente.
4. Se una questione relativa ai negozi giuridici o ai rapporti giuridici registrati in un atto pubblico in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate è sollevata in via incidentale in un procedimento davanti a un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, tale autorità giurisdizionale è competente a decidere al riguardo.

**Articolo 59: Esecutività degli atti pubblici**

1. L'atto pubblico esecutivo nello Stato membro d'origine è dichiarato esecutivo in un altro Stato membro, su istanza della parte interessata, secondo la procedura di cui agli articoli da 44 a 57.
2. Ai fini dell'articolo 45, paragrafo 3, lettera b), l'autorità che ha redatto l'atto pubblico rilascia, su istanza della parte interessata, un attestato utilizzando il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 67, paragrafo 2.
3. L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 49 o dell'articolo 50 rifiuta o revoca la dichiarazione di esecutività solo se l'esecuzione dell'atto pubblico è manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro di esecuzione.

**Articolo 60: Esecutività delle transazioni giudiziarie**

1. Le transazioni giudiziarie esecutive nello Stato membro d'origine sono dichiarate esecutive in un altro Stato membro, su istanza della parte interessata, secondo la procedura di cui agli articoli da 44 a 57.
2. Ai fini dell'articolo 45, paragrafo 3, lettera b), l'autorità giurisdizionale che ha approvato la transazione o dinanzi alla quale essa è stata conclusa, rilascia, su istanza della parte interessata, un attestato utilizzando il modulo elaborato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 67, paragrafo 2.
3. L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è proposto un ricorso ai sensi dell'articolo 49 o 50 rifiuta o revoca la dichiarazione di esecutività solo se l'esecuzione della transazione giudiziaria è manifestamente contraria all'ordine pubblico dello Stato membro di esecuzione.

**Capo VI: Disposizioni generali e finali****Articolo 61: Legalizzazione e altre formalità analoghe**

Per gli atti o documenti emessi in uno Stato membro ai sensi del presente regolamento non è richiesta alcuna legalizzazione né altra formalità analoga.

**Articolo 62: Relazioni con le convenzioni internazionali in vigore**

1. Il presente regolamento non pregiudica l'applicazione delle convenzioni bilaterali o multilaterali di cui uno o più Stati membri sono parte al momento dell'adozione del presente regolamento o di una decisione ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1, secondo o terzo comma, TFUE, e che riguardano materie disciplinate dal presente regolamento, fatti salvi gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù dell'articolo 351 TFUE.
2. In deroga al paragrafo 1, il presente regolamento prevale, tra gli Stati membri, sulle convenzioni concluse tra gli stessi, nella misura in cui tali convenzioni riguardino le materie disciplinate dal presente regolamento.

**Articolo 63: Informazioni messe a disposizione dei cittadini**

Gli Stati membri, al fine di rendere le informazioni disponibili al pubblico nell'ambito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale, forniscono alla Commissione una breve sintesi della loro legislazione e delle loro procedure nazionali in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, comprese le informazioni relative al tipo di autorità competente in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate e all'opponibilità a terzi ai sensi dell'articolo 28.

Gli Stati membri tengono costantemente aggiornate tali informazioni.

**Articolo 64: Informazioni concernenti gli estremi e le procedure**

1. Entro il 29 aprile 2018, gli Stati membri comunicano alla Commissione:
  - a) le autorità giurisdizionali o le autorità competenti a trattare le domande intese a ottenere la dichiarazione di esecutività ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 1, e i ricorsi avverso le decisioni su tali domande ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 2;
  - b) i mezzi di impugnazione di cui all'articolo 50.
 Gli Stati membri comunicano alla Commissione qualsiasi successiva modifica di tali informazioni.
2. La Commissione pubblica nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea le informazioni comunicate ai sensi del paragrafo 1, a eccezione degli indirizzi e altri estremi delle autorità giurisdizionali e delle autorità di cui al paragrafo 1, lettera a).
3. La Commissione mette tutte le informazioni comunicate conformemente al paragrafo 1 a disposizione dei cittadini con qualsiasi mezzo appropriato, in particolare tramite la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.



### **Articolo 65: Elaborazione e successiva modifica dell'elenco contenente le informazioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2**

1. La Commissione, sulla base delle notifiche degli Stati membri, elabora l'elenco delle altre autorità e dei professionisti legali di cui all'articolo 3, paragrafo 2.
2. Gli Stati membri notificano alla Commissione le eventuali successive modifiche delle informazioni contenute in tale elenco. La Commissione modifica conseguentemente l'elenco.
3. La Commissione pubblica l'elenco e le eventuali successive modifiche nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
4. La Commissione mette tutte le informazioni comunicate conformemente ai paragrafi 1 e 2 a disposizione dei cittadini con qualsiasi altro mezzo appropriato, in particolare tramite la rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale.

### **Articolo 66: Elaborazione e successiva modifica degli attestati e dei moduli di cui all'articolo 45, paragrafo 3, lettera b), e agli articoli 58, 59 e 60**

La Commissione adotta atti di esecuzione relativi all'elaborazione e alla successiva modifica degli attestati e dei moduli di cui all'articolo 45, paragrafo 3, lettera b), e agli articoli 58, 59 e 60. Tali atti di esecuzione sono adottati secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 67, paragrafo 2.

### **Articolo 67: Procedura di comitato**

1. La Commissione è assistita da un comitato. Esso è un comitato ai sensi del regolamento (UE) n. 182/2011.
2. Nei casi in cui è fatto riferimento al presente paragrafo, si applica l'articolo 4 del regolamento (UE) n. 182/2011.

### **Articolo 68: Clausola di revisione**

1. Entro il 29 gennaio 2027 e successivamente ogni cinque anni, la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione del presente regolamento. Tale relazione è corredata, se del caso, di proposte di modifica.
2. Entro il 29 gennaio 2024 la Commissione presenta al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una relazione sull'applicazione degli articoli 9 e 38 del presente regolamento. La relazione valuta, in particolare, la misura in cui tali articoli hanno garantito l'accesso alla giustizia.
3. Ai fini delle relazioni di cui ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri comunicano alla Commissione le informazioni pertinenti in ordine all'applicazione del presente regolamento da parte delle rispettive autorità giurisdizionali.

### **Articolo 69: Disposizioni transitorie**

1. Il presente regolamento si applica solo ai procedimenti avviati, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse alla data o successivamente al 29 gennaio 2019, fatti salvi i paragrafi 2 e 3.
2. Se il procedimento nello Stato membro d'origine è stato avviato anteriormente al 29 gennaio 2019, le decisioni assunte dopo tale data sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo IV se le norme sulla competenza applicate sono conformi a quelle stabilite dalle disposizioni del capo II.
3. Le disposizioni del capo III sono applicabili solo ai partner che hanno registrato la loro unione o che hanno designato la legge applicabile agli effetti patrimoniali della loro unione registrata successivamente al 29 gennaio 2019.

### **Articolo 70: Entrata in vigore**

1. Il presente regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.
2. Il presente regolamento si applica negli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali, con riferimento ai regimi patrimoniali tra coniugi e agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, come autorizzata dalla decisione (UE) 2016/954.  
Esso si applica a decorrere dal 29 gennaio 2019, tranne per quanto concerne gli articoli 63 e 64, che si applicano dal 29 aprile 2018, e gli articoli 65, 66 e 67, che si applicano a decorrere dal 29 luglio 2016. Per tali Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata in virtù di una decisione adottata a

norma dell'articolo 331, paragrafo 1, secondo o terzo comma, TFUE, il presente regolamento si applica a decorrere dalla data indicata nella decisione in questione.

Il presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri partecipanti conformemente ai trattati.

Fatto a Lussemburgo, il 24 giugno 2016

Per il Consiglio  
*Il presidente*  
A.G. KOENDERS

---

## *Osservatorio decisioni*

## Corte europea dei diritti dell'Uomo

### Decisione del 6 aprile 2017, *A.P., Garçon e Nicot c. Francia*, n. 79885/12, 52471/13 e 52596/13

RETTIFICA DI SESSO – NECESSITÀ DI INTERVENTO CHIRURGICO CHE COMPORTA STERILITÀ – ESCLUSIONE

Condizionare la rettificazione del sesso nell'atto di nascita a un'operazione o un trattamento che comporta sterilità dà origine a un'eccessiva restrizione del diritto al rispetto per l'integrità fisica protetta dall'art. 8 Cedu, non giustificata dal perseguimento dell'interesse generale di uno Stato parte, sul quale grava invece l'obbligo positivo di tutelare la vita privata delle persone transessuali.

Riferimenti normativi: Art. 8 Cedu.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME  
CINQUIÈME SECTION

*omissis*

#### En Fait

##### I. Les circonstances de l'espèce

6. À la date d'introduction des requêtes, les requérants étaient civilement reconnus comme étant de sexe masculin. Pour cette raison, il est fait usage du terme « requérant » pour les désigner, sans que cette désignation ne puisse s'entendre comme les excluant de la catégorie sexuelle à laquelle ils s'identifient.

##### A. Requête no 79885/12

7. Le premier requérant est né en 1983 et réside à Paris.
8. Le premier requérant indique qu'inscrit à sa naissance sur les registres d'état civil comme étant de sexe masculin, il s'est cependant toujours comporté comme une fille, et son apparence physique a toujours été très féminine. Il ajoute qu'au long de son adolescence et de sa vie de jeune adulte, il a été victime de graves troubles de l'identité du genre, son identité de naissance masculine ne correspondant pas à son identité psychique et sociale féminine. Il précise qu'en 2006, plusieurs médecins ayant diagnostiqué un syndrome de transsexualisme, dit « syndrome de Benjamin », il débuta une phase de transition en se présentant socialement comme une femme et entreprit un traitement hormonal suivi par un endocrinologue, le docteur H., et un neuropsychiatre, le docteur Bo.
9. Le premier requérant produit trois certificats médicaux établis par ces médecins durant cette période. Dans les deux premiers, datés du 12 avril 2007, le docteur Bo. certifiait le suivre depuis le 27 avril 2005 « pour un syndrome typique de transsexualisme » ; il indiquait qu'« il exist[ait] donc une différence observable entre son habitus actuel et sa photographie de carte d'identité », et qu'« il n'exist[ait] pas de contre-indication médico-psychologique pour [une] intervention (...) sur la pomme d'Adam ». Dans le troisième, daté du 16 janvier 2008, le docteur H. indiquait suivre le premier requérant sur le plan hormonal pour « transsexualisme primaire typique depuis le 1er juin 2006, conjointement avec le docteur B. », et précisait qu'« après un bilan endocrino-métabolique, avec caryotype, [il était] traité par anti-

androgènes et œstrogènes » et que « la grossesse, la plausibilité et l'authenticité de sa dystrophie de genre, ainsi que le « real life test », [le rendaient] éligible pour la réassignation chirurgicale, qu'[il attendait] légitimement ».

10. Le premier requérant produit également un certificat médical établi le 3 avril 2008 par un autre psychiatre, le docteur Ba., qui certifie qu'il présente « un syndrome de Benjamin typique » et qu'« il n'existe actuellement aucune contre-indication aux traitements médicaux et/ou chirurgicaux nécessités pour la réassignation de genre demandée par le sujet ».
11. Le premier requérant souligne qu'il n'entendait pas initialement recourir à une opération mutilante de réassignation sexuelle ; il s'y est résigné parce que la jurisprudence française en avait fait une condition du changement d'état civil.
12. Le premier requérant décida de se faire opérer en Thaïlande, par un médecin qu'il qualifie de « spécialiste mondialement reconnu », le docteur S. L'opération eut lieu le 3 juillet 2008. Le docteur S. établit le certificat médical suivant :

« (...) après une période de diagnostic par des spécialistes qualifiés en psycho-sexualité et une période appropriée de vie à plein temps sous une identité féminine, la personne ci-dessus mentionnée a été diagnostiquée comme souffrant d'un désordre d'identité sexuelle (F64.0) défini comme DSM IV, ICD-10. Elle a été accueillie pour le traitement chirurgical approprié, soit la chirurgie de réassignation sexuelle (CRS).

(...) L'opération réalisée a combiné une orchietomie, une vaginoplastie, une clitoroplastie et une labiaplastie effectuées en une seule et même opération. À la fin de cette opération, les organes sexuels mâles (...) ont été remplacés par des organes d'apparence et de fonctionnement féminins, à l'exception des organes reproducteurs. Cela a impliqué d'enlever les organes mâles reproducteurs de telle façon que le patient est irrémédiablement infertile.

Dans le respect de toutes les définitions médicales et légales connues, l'opération est irréversible et change de manière permanente l'identité sexuelle masculine de M. [A. P.] pour une identité sexuelle féminine. »

13. Dans un certificat signé le 10 septembre 2008, le docteur H. confirma que le premier requérant « [avait] subi une intervention de réassignation chirurgicale de féminisation irréversible », et souligna que « la demande de changement d'état civil [était] impérative et recevable[, et faisait] partie intégrante de sa prise en charge ».
14. Le premier requérant produit quatre autres certificats. Le premier, daté du 26 mai 2009, émane du docteur W., chirurgienne ; il indique que le premier requérant a subi « une laryngoplastie cosmétique dans le cadre de la chirurgie de féminisation, la chirurgie de réassignation des organes génitaux externes ayant été réalisée et étant irréversible ». Dans le deuxième, daté du 27 mai 2009, une orthophoniste signale avoir « fait pendant deux ans avec [A.P.] un travail de la féminisation de la voix » et précise qu'actuellement, sa voix et son apparence sont parfaitement féminins et concordantes ». Le troisième, signé le 23 juillet 2009 par le docteur B., psychiatre, est ainsi libellé :  
« (...) [A. P.] est suivie pour un syndrome de Benjamin typique, pour lequel une procédure de réassignation de genre est entreprise depuis plusieurs années. Elle a suivi un traitement hormonal et les interventions chirurgicales nécessaires pour que son aspect et son comportement soient désormais féminins. Il est donc légitime qu'elle puisse obtenir, pour son insertion sociale et professionnelle, la mise en concordance de son état civil avec son apparence et son souhait. (...) »
15. Dans le quatrième certificat, daté du 16 mars 2010, le docteur P., docteur en psychopathologie fondamentale et psychanalyse et psychothérapeute, indique avoir engagé une démarche psychothérapeutique avec le premier requérant et avoir notamment « pu constater (...) la cohérence entre les propos de Mlle [A.P.] et son identité de genre revendiquée ».

#### 1. Les jugements du tribunal de grande instance de Paris des 17 février 2009 et 10 novembre 2009

16. Le 11 septembre 2008, le premier requérant assigna le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Paris pour voir dire qu'il était désormais de sexe féminin et se prénomma A. (un prénom féminin). Il produisit notamment les certificats médicaux des 12 avril 2007, 16 janvier 2008 et 10 septembre 2008, ainsi que le certificat établi par le docteur S. Le 16 octobre 2008, le procureur de la République demanda qu'une expertise pluridisciplinaire soit réalisée, au motif que le requérant avait été opéré à l'étranger.

##### a) Le jugement avant dire droit du 17 février 2009

17. Le 17 février 2009, dans un jugement avant-dire droit, le tribunal de grande instance de Paris souligna que, lorsqu'est rigoureusement diagnostiqué un transsexualisme et que l'intéressé a subi, dans un but thérapeutique, des transformations corporelles irréversibles, force est de considérer que, même si son nouvel état sexuel est imparfait, la formule chromosomique restant inchangée, le sujet se rapproche



davantage, par son apparence physique, son psychisme et son insertion sociale, du sexe revendiqué que de son sexe initial ». Il jugea cependant que, « quelle que soit la qualité des rédacteurs des certificats médicaux produits à l'appui de la demande, la nécessité de poser un diagnostic certain, impos[ait] de recourir à une expertise pluridisciplinaire afin d'apprécier l'état présent de l'intéressé sur les plans physiologique, biologique et psychologique et de rechercher dans son passé la persistance du syndrome allégué ». Il désigna trois experts – un psychiatre, un endocrinologue et un gynécologue – et leur donna pour mission, après avoir entendu et examiné le premier requérant et pris connaissance des certificats médicaux et comptes rendus opératoires produits, de :

« (a) décrire son état physique actuel (...) et constater la présence ou l'absence de tous organes génitaux externes ou internes de l'un ou l'autre sexe ; faire procéder, avec le consentement de l'intéressé à tous les prélèvements et examens de laboratoires susceptibles d'établir les caractéristiques biologiques et génétiques de son sexe ; dire s'il a pu se produire une erreur sur le sexe physique lors de la déclaration de la naissance, ou un développement organique ou biologique ultérieur ; constater les traces d'éventuelles interventions chirurgicales pratiquées pour provoquer ou compléter une transformation des organes génitaux ou des caractères sexuels secondaires ; dire si le sujet a subi un traitement par substances médicamenteuses ou hormonales ; dire si les interventions chirurgicales ou traitements hormonaux ont été motivés soit par des anomalies physiques préexistantes, soit par l'état psychologique du sujet, exclusif de la volonté délibérée de celui-ci ;

(b) décrire l'état psychique et le comportement [du premier requérant] relativement à son sexe et dans toute la mesure du possible, en indiquer l'origine et retracer l'évolution ; rendre compte de toute éventuelle psychothérapie effectuée, en préciser la durée et les résultats ; dire si le sujet est atteint de troubles mentaux et dans l'affirmative, préciser la nature de ces troubles ;

(c) se prononcer sur l'existence éventuelle d'un syndrome de transsexualisme en précisant les raisons qui conduisent à en poser ou à en écarter le diagnostic ; dire si, au vu de toutes les données médicales (d'ordre physiologique, biologique et psychique) recueillies sur cette personne, celle-ci doit être considérée comme de sexe masculin ou féminin. »

18. Le tribunal mit l'avance des frais d'expertise à la charge du premier requérant et lui ordonna à cette fin de consigner 1 524 EUR.
19. Le premier requérant refusa de se soumettre à l'expertise. Il indique que son refus était fondé sur le fait que ce type d'expertise était non seulement très onéreux mais aussi irrespectueuse de l'intégrité physique et morale de la personne. Il estimait que les pièces qu'il produisait, qui émanaient de médecins spécialistes et faisaient état de la réalité de son changement de genre, étaient largement suffisantes, et qu'il n'était pas nécessaire de lui imposer à nouveau une batterie de tests traumatisants.
20. Par une ordonnance du 13 mars 2009, le délégué du premier président de la cour d'appel de Paris refusa d'accorder au premier requérant l'autorisation d'interjeter appel de ce jugement avant dire droit.

*b) Le jugement du 10 novembre 2009*

21. Le 10 novembre 2009, le tribunal de grande instance de Paris débouta le premier requérant de sa demande. Il souligna que les certificats produits par le premier requérant, pour informateurs qu'ils fussent, ne répondaient pas à ses interrogations sur l'origine, la nature, la persistance et les conséquences du syndrome constaté, et que les médecins consultés ne pouvaient, en quelques lignes destinées à permettre l'intervention chirurgicale, accomplir le travail de trois experts sollicités dans le cadre d'une mission très large et très complète. Il nota en particulier que les certificats n'évoquaient pas l'état psychique et le comportement du premier requérant relativement à son sexe, ne se prononçaient pas sur l'origine du syndrome et son évolution, ne précisaient pas si le premier requérant était atteint de troubles mentaux et s'il avait suivi une psychothérapie et, antérieurs à la réassignation de genre, ne fournissaient aucun renseignement sur l'état actuel de l'intéressé. Il ajouta que les patients opérés en France produisaient un dossier complet dans toutes les disciplines concernées – un tel dossier étant exigé avant l'intervention de réassignation –, ce que le médecin qui avait opéré le premier requérant en Thaïlande ne paraissait pas exiger, et que lorsqu'ils étaient pris en charge par la sécurité sociale, ils étaient soumis à des examens préalables nombreux et rigoureux. Il jugea que, dans l'état du dossier, il appartenait au premier requérant de se soumettre avec bonne volonté à l'expertise ordonnée. Faisant application de l'article 11 du code de procédure civile, qui autorise le juge à tirer toutes conséquences de la carence d'une partie pour apporter son concours à une mesure d'instruction, il conclut qu'en l'absence d'expertise pluridisciplinaire, la demande du premier requérant n'était pas suffisamment étayée.

*2. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010*

22. Saisie par le premier requérant, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 23 septembre 2010, confirma le jugement du 10 novembre 2009 en ce qu'il rejetait la demande de rectification de la mention de sexe figurant sur l'acte de naissance.

23. La cour d'appel déduisit tout d'abord de l'article 8 de la Convention que, « lorsqu'à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique », une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect de la vie privé justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence.
24. Elle jugea cependant, au vu des pièces produites par le premier requérant, qu'il n'était « pas établi qu'il ne présent[ait] plus tous les caractères du sexe masculin ». Elle souligna à cet égard que, si les psychiatres Bo. et Ba. avaient posé un diagnostic de transsexualisme dans leurs certificats des 12 avril 2007 et 3 avril 2008, ils n'avaient pas évoqué « l'absence d'affection mentale ». Elle releva en outre que le traitement endocrinien dont il était fait état dans les certificats du docteur H. des 16 janvier 2008 et 10 septembre 2008 était ancien. Elle jugea par ailleurs que le certificat établi par le médecin qui avait opéré le premier requérant le 3 juillet 2008 en Thaïlande, le docteur S., était « extrêmement lapidaire » et se résumait à une énumération d'éléments d'ordre médical qui ne permettaient pas de constater que la réassignation sexuelle était effective. Elle estima de plus que la documentation sur la clinique tirée de l'Internet que produisait le premier requérant ne suffisait à établir ni la notoriété scientifique et chirurgicale du chirurgien qui l'avait opéré, ni la pertinence de l'intervention pratiquée au regard des pratiques de la communauté médicale, laquelle, « faute de toute précision », n'était pas davantage démontrée par le certificat du 26 mai 2009 du docteur W.
25. La cour d'appel observa ensuite que le premier requérant opposait par principe un refus obstiné à l'expertise et qu'il n'avait pas déféré à celle qui avait été ordonnée par les premiers juges « au prétexte non pertinent de la protection de sa vie privée alors qu'il s'agi[ssait] d'établir que la personne qui présente le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine ». Elle souligna que « l'atteinte à la vie privée qui pourrait y être portée [était] proportionnée à l'exigence du constat de l'identité sexuelle, laquelle est une composante de l'état de la personne soumise au principe d'ordre public de l'indisponibilité ».
26. La cour d'appel jugea toutefois que le fait que le premier requérant était connu sous un prénom féminin – ce qui résultait de nombreuses attestations de proches –, le fait qu'il avait la conviction d'appartenir au sexe féminin et le fait qu'il avait suivi divers traitements médico-chirurgicaux, ainsi que « la réalité de sa vie sociale », justifiaient de son intérêt légitime à changer ses prénoms masculins en prénoms féminins. Elle ordonna donc la rectification de ses prénoms sur son acte de naissance.

### 3. *L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 juin 2012*

#### a) *Le moyen de cassation*

27. Le premier requérant se pourvut en cassation contre l'arrêt du 23 septembre 2010.
28. Il soutenait, premièrement, que le droit au respect de la vie privée commandait que le changement de sexe d'une personne soit autorisé dès lors que l'apparence physique de l'intéressée la rapprochait de l'autre sexe, auquel correspondait son comportement social. Il reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté sa demande de changement de sexe au motif qu'il avait refusé de déférer à une expertise dont l'objet était de définir l'origine du syndrome de transsexualisme et son évolution et d'établir qu'il ne présentait plus tous les caractères du sexe masculin. Selon lui, en statuant ainsi après avoir relevé qu'il était connu sous un prénom féminin, qu'il avait la conviction d'appartenir au sexe féminin, qu'il avait suivi divers traitements médico-chirurgicaux et que la réalité de sa vie sociale était celle d'une femme, la cour d'appel avait violé l'article 8 de la Convention. Il s'appuyait notamment sur la position du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (Droits de l'Homme et identité de genre, document thématique ; octobre 2009) et sur la résolution 1728 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et l'identité de genre (paragraphe 73 et 75 ci-dessous).
29. Deuxièmement, il soutenait que les certificats médicaux qu'il avait produits établissaient pleinement qu'il présentait le syndrome de transsexualisme, qu'il avait subi un traitement chirurgical faisant de lui une femme, que son apparence physique comme son comportement social étaient féminins, de sorte qu'en jugeant que ces pièces étaient insuffisantes pour prouver les conditions nécessaires au changement de sexe et en lui faisant grief de ne pas avoir déféré à l'expertise judiciaire, la cour d'appel avait dénaturé celles-ci.
30. Troisièmement, il dénonçait une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8, estimant que la cour d'appel s'était fondée sur des motifs discriminatoires, à savoir qu'il s'était fait opérer par un médecin exerçant hors de France, pour dire qu'il aurait dû se soumettre à l'expertise judiciaire et rejeter sa demande.

b) *L'arrêt*

31. Le 7 juin 2012, la Cour de cassation (première chambre civile ; Bulletin 2012, I, no 123) rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :

« (...) attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ; qu'après avoir examiné, sans les dénaturer, les documents produits, et relevé, d'une part, que le certificat faisant état d'une opération chirurgicale effectuée en Thaïlande était lapidaire, se bornant à une énumération d'éléments médicaux sans constater l'effectivité de l'intervention, d'autre part, que [le premier requérant] opposait un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges, la cour d'appel a pu rejeter sa demande de rectification de la mention du sexe dans son acte de naissance (...) »

**B. Requête no 52471/12**

32. Le deuxième requérant est né en 1958 et réside au Perreux Sur Marne.  
 33. Il expose qu'inscrit à sa naissance sur les registres d'état civil comme étant de sexe masculin, il a, dès son plus jeune âge, eu conscience d'appartenir au genre féminin.  
 34. Il ajoute que, sous la pression sociale, il a tenté de dissimuler sa vraie nature et de vivre deux unions maritales sous l'identité masculine portée sur son acte de naissance, mais que ces unions, dont sont nés des enfants, se sont terminées par des divorces.  
 35. Il expose qu'il s'habille conformément à son genre féminin, qu'il apparaît aux yeux des tiers comme appartenant à ce genre, qu'il suit depuis 2004 un traitement hormonal féminisant et qu'il a subi une opération ayant pour objet la construction d'un nouvel organe génital.

**1. Le jugement du tribunal de grande instance de Créteil du 9 février 2010**

36. Le 17 mars 2009, le deuxième requérant assigna le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Créteil aux fins de voir ordonner que soit rectifié son acte de naissance de telle sorte que la mention « sexe masculin » soit remplacée par la mention « sexe féminin », et la mention de ses prénoms (masculins), par la mention « Emilie ». Il renvoyait notamment à une attestation établie en 2004 par le docteur B., psychiatre et spécialiste du transsexualisme, certifiant qu'il était une personne transgenre.  
 37. Le tribunal de grande instance rendit son jugement le 9 février 2010. Il constata que le deuxième requérant n'avait versé aux débats que quelques factures datées de 2008 établies au nom d' « Emilie » Garçon, quatre attestations émanant de témoins déclarant en 2008 le connaître depuis quelques années, savoir qu'il s'agissait d'une personne « transgenre » selon certains, « transsexuelle » selon un autre, et le voir « évoluer dans sa vie de femme sans difficulté apparente », et un certificat daté du 23 avril 2009, signé d'un endocrinologue, le docteur T., attestant le suivre pour une dysphorie de genre notamment depuis 2006 et précisant qu'il était sous traitement hormonal féminisant depuis 2004 et que le traitement était bien supporté et efficace. Notant par ailleurs que le deuxième requérant n'avait pas produit le certificat du docteur B., le tribunal jugea que le deuxième requérant n'avait pas « [établi] la réalité du transsexualisme qu'il invoqu[ait] ». Il jugea que, faute d'avoir démontré le syndrome allégué, le deuxième requérant ne pouvait qu'être débouté de sa demande, un changement de la mention relative au sexe à l'état civil « ne pouvant intervenir que pour officialiser une situation de fait avérée ». Il conclut qu'il ne pouvait que rejeter la demande relative au changement de prénom pour les mêmes raisons, cette demande n'étant en l'espèce que l'accessoire de la demande en modification d'état.

**2. L'arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011**

38. Saisie par le deuxième requérant, la cour d'appel de Paris, le 27 janvier 2011, confirma le jugement du 9 février 2010 par un arrêt ainsi motivé :

« (...) Considérant que si le principe de l'indisponibilité de l'état s'oppose à ce que le droit tienne compte d'un changement volontairement obtenu par un individu, il n'implique pas, pour autant, l'immuabilité de l'état des personnes;

Que, lorsqu'un transsexualisme authentique, syndrome médicalement reconnu, et insusceptible de traitement, est rigoureusement diagnostiqué et que le transsexuel a subi, dans un but thérapeutique, des transformations corporelles irréversibles, il convient de considérer que, même si son nouvel état sexuel est imparfait, la formule chromosomique restant quant à elle inchangée, le sujet se rapproche davantage, par son apparence physique, son psychisme et son insertion sociale, du sexe revendiqué que de son sexe initial ; que, dans ces conditions, et dès lors que l'acte de naissance doit obligatoirement, aux termes de

l'article 57 du code civil, mentionner le sexe de l'intéressé, il y a lieu d'admettre le principe du changement ;

Considérant qu'en l'espèce, Emile Maurice Jean Marc Garçon (...) a été inscrit sur les registres de l'état civil comme étant de sexe masculin ;

Considérant qu'il lui appartient de justifier, en particulier au vu d'éléments médicaux, qu'il doit être considéré comme de sexe féminin ainsi qu'il le sollicite ;

Considérant que l'appelant soutient être une personne transgenre assumant depuis plusieurs années son identité de genre féminine et que l'inadéquation entre le genre affiché et le genre attribué à la naissance suffit à justifier son changement d'état civil sans avoir à démontrer préalablement une opération de réassignation sexuelle ;

Considérant qu'il se borne à produire sur le plan médical, ainsi qu'il l'avait fait devant les premiers juges, un certificat du Dr [T.] du 23 avril 2009, établi sur un papier à entête du Dr [D. S.-B.], aux termes duquel ce médecin « certifie que le Dr [S.-B.], endocrinologue, suit M. Emile (Emilie) Garçon pour une dysphorie de genre (...) depuis 2006 » précisant que celui-ci est sous traitement hormonal féminisant depuis 2004, le traitement étant bien supporté et efficace ;

Que ce seul certificat médical qui établit le suivi d'un traitement hormonal féminisant de 2004 à 2009 ne permet pas de justifier d'une transformation physique ou physiologique définitive et ainsi de l'irréversibilité du processus de changement de sexe sollicité ;

Qu'une expertise apparaît vaine, puisqu'en effet, l'appelant, qui se défend d'avoir à subir une opération chirurgicale de transformation des organes génitaux, n'invoque aucune opération de chirurgie plastique associée à une hormonothérapie actuelle et ne produit aucun avis d'un psychiatre de nature à établir l'existence et la persistance du syndrome allégué alors même que l'acte de naissance d'Emile Garçon mentionne qu'il s'est marié à deux reprises (..) et a divorcé également à deux reprises (...) »

### 3. *L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 février 2013*

#### a) *Le moyen de cassation*

39. Le deuxième requérant se pourvut en cassation contre l'arrêt du 27 janvier 2011. Il soutenait notamment qu'en le déboutant de ses demandes au prétexte qu'il n'était justifié ni d'une « transformation physique ou physiologique définitive et ainsi de l'irréversibilité du processus de changement de sexe sollicité », ni de « l'existence et la persistance du syndrome allégué », la cour d'appel avait violé l'article 8 de la Convention, dès lors que le droit au respect de la vie privé impliquait le droit de définir son appartenance sexuelle et le droit d'obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre choisie, sans devoir présenter un syndrome de transsexualisme ou de dysphorie de genre, ni devoir préalablement subir un processus irréversible de changement de sexe. Affirmant que subordonner le droit à la modification des actes d'état civil à la preuve d'avoir subi un processus irréversible de changement de sexe revenait à imposer la stérilisation à la personne titulaire de ce droit afin de pouvoir l'exercer, et donc à porter atteinte à sa dignité comme au respect dû à son corps et à l'intimité de sa vie privée, il déduisait une violation de ce même article du fait que la cour d'appel avait exigé qu'il apporte la preuve d'un tel processus. Il ajoutait qu'il était discriminatoire et contraire à l'article 14 de la Convention de subordonner ce droit à une telle preuve et à celle d'un syndrome de transsexualisme ou de dysphorie du genre.

#### b) *L'arrêt du 13 février 2013*

40. Le 13 février 2013, la Cour de cassation (première chambre civile) rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé:

« (...) attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ;

Et attendu qu'ayant relevé que [le deuxième requérant] se bornait à produire un certificat d'un médecin du 23 avril 2009 établi sur papier à entête d'un autre médecin, aux termes duquel le premier certifiait que le second, endocrinologue, suivait [le deuxième requérant] pour une dysphorie de genre et précisait que le patient était sous traitement hormonal féminisant depuis 2004, la cour d'appel a estimé que ce seul certificat médical ne permettait de justifier ni de l'existence et de la persistance d'un syndrome transsexuel, ni de l'irréversibilité du processus de changement de sexe, qui ne constituent pas des conditions discriminatoires ou portant atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, 16 et 16-1 du code civil, dès lors qu'elles se fondent sur un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée et de respect dû au corps humain d'autre part (...) »



**C. Requête no 52471/12**

41. Le troisième requérant est né en 1952 et réside à Essey-les-Nancy.
42. Il expose qu'inscrit à sa naissance sur les registres d'état civil comme étant de sexe masculin, il a, dès son plus jeune âge, eu conscience d'appartenir au genre féminin. Il précise qu'il a vécu avec une femme de 1975 à 1991 et qu'une enfant est née de cette relation en 1978.
43. Le troisième requérant indique qu'il a longtemps dissimulé sa vraie nature, par crainte des brimades, puis par peur de perdre la garde de sa fille, et que lorsque cette dernière est devenue majeure, il a adopté une apparence et un comportement social conforme à son identité de genre féminin. Il ajoute que, si la plupart des documents de la vie courante respectent son identité de genre, ce n'est pas le cas des actes de l'état civil, de son passeport, de son permis de conduire, de sa carte grise et de son numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques, ce qui l'oblige constamment à faire état de sa trans-identité, au mépris de sa vie privée.

**1. Les jugements du tribunal de grande instance de Nancy des 7 novembre 2008 et 13 mars 2009**

44. Le 13 juin 2007, le troisième requérant assigna le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Nancy aux fins de voir ordonner que son acte de naissance soit rectifié en ce sens que la mention « sexe masculin » soit remplacée par la mention « sexe féminin » et que la mention de ses prénoms soit remplacée par la mention « Stéphanie ».

**a) Le jugement du 7 novembre 2008**

45. Le tribunal de grande instance de Nancy rendit un premier jugement le 7 novembre 2008. Il rappela qu'il était « désormais unanimement reconnu tant par la jurisprudence interne que par la jurisprudence européenne qu'un transsexuel [avait] droit au respect de sa vie privée », et qu'il avait donc le droit d'obtenir la modification de la mention de son sexe et de ses prénoms sur les actes d'état civil. Il souligna toutefois que cela supposait que plusieurs conditions soient réunies : « le syndrome de transsexualisme [doit] non seulement être constaté médicalement (ce constat se [faisant] généralement par une équipe pluridisciplinaire, médecins, chirurgiens, endocrinologue, psychologue et psychiatre), mais également constaté judiciairement, ce qui implique soit une expertise (le tribunal n'étant toutefois pas obligé de l'ordonner), soit la production de certificats médicaux par l'intéressé justifiant de façon certaine le traitement médical et chirurgical subi pour parvenir à cette conversion sexuelle ». Il ajouta ce qui suit :

« En effet, la personne souhaitant changer de sexe à l'état civil doit justifier d'un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique et d'une réalisation préalable d'interventions chirurgicales de nature à éliminer les caractères externes du sexe qu'elle veut quitter.

Ainsi, le changement de sexe à l'état civil ne peut profiter qu'à la personne transsexuelle « vraie », c'est-à-dire à la personne qui a déjà subi une opération de conversion sexuelle irréversible.

En d'autres termes, un tribunal ne peut ordonner la modification de la mention à l'état civil du nouveau sexe revendiqué par l'intéressé qu'après que ce dernier ait véritablement changé son anatomie sexuelle pour le rendre aussi conforme que possible à celui qu'il revendique.

Ces conditions d'ordre médico-chirurgical s'expliquent par le fait que le transsexualisme véritable, qui se caractérise par « le sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le sien, accompagné du besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil », doit être distingué d'autres notions qui lui sont voisines mais différentes, notamment du travestissement, qui repose sur une simple apparence extérieure réversible et n'implique pas le changement anatomique du sexe.

En l'espèce, si S. Nicot se présente sous l'apparence d'une personne de sexe féminin et justifie que certains organismes lui adressent des documents ou factures au nom de Madame Stéphanie Nicot, il ne met toutefois pas le tribunal en mesure d'apprécier s'il a véritablement changé de sexe. En effet, lors de l'audience, sur l'interrogation du président concernant le traitement éventuellement subi, S. Nicot, dans un esprit militant – ce qui est son droit le plus légitime – s'est retranché derrière le secret de sa vie privée (...) »

46. En conséquence, le tribunal sursit à statuer sur les demandes du troisième requérant et lui ordonna de « verser aux débats tous documents médicaux relatifs au traitement médical et chirurgical subi, de nature à justifier de l'effectivité de son changement de sexe ».

**b) Le jugement du 13 mars 2009**

47. Estimant avoir suffisamment démontré que son physique et son psychique relevaient du genre féminin et qu'il était intégré socialement dans ce genre, le troisième requérant refusa de produire des documents médicaux. Il se borna à indiquer que son médecin généraliste lui avait prescrit un traitement hormonal lui permettant de présenter les caractères sexuels secondaires féminins tels que la poitrine. Le Ministère



public conclut qu'une rectification de l'état civil n'était pas possible en l'absence de justification d'une réassignation sexuelle par intervention chirurgicale.

48. Par un jugement du 13 mars 2009, le tribunal de grande instance de Nancy constata que le troisième requérant ne produisait pas la preuve médico-chirurgicale d'un changement de sexe et rejeta en conséquence sa demande. Le jugement reprend les motifs du jugement du 7 novembre 2008. Il précise que le changement de sexe à l'état civil ne peut profiter qu'à « la personne transsexuelle « vraie » », c'est-à-dire à la personne qui a déjà subi une opération de conversion sexuelle irréversible, et non à la personne qui revendique seulement un état de « transgenre », au motif que, socialement, [elle] est considéré[e] comme appartenant au sexe dont [elle] a l'apparence extérieure, mais qui s'oppose à toute opération chirurgicale de conversion sexuelle ou qui refuse d'apporter la preuve médico-chirurgicale de ce changement par traitement médical et acte chirurgical ». Il ajouta notamment ceci :

« Faire droit à la demande de S. Nicot aboutirait en fait à la création prétorienne d'un « troisième genre » : à savoir une personne d'apparence féminine conservant toutefois un sexe anatomique externe masculin et pouvant se marier avec un homme ; dans le cas inverse, une personne d'apparence masculine conserverait les organes génitaux féminins pouvant donner, dans cette hypothèse, naissance à un enfant!!! Cette situation est en l'état de la jurisprudence totalement prohibée.»

## 2. L'arrêt de la cour d'appel de Nancy du 3 janvier 2011

49. La cour d'appel de Nancy confirma le jugement du 13 mars 2009 par un arrêt du 3 janvier 2011. Elle souligna en particulier que « la demande de changement d'état civil n'impos[ait] pas nécessairement que soient avérées des modifications de nature chirurgicale, telle que l'ablation ou la modification des organes génitaux, ou encore de la chirurgie plastique », mais qu'elle impliquait « que soit préalablement établie le caractère irréversible du processus de changement de sexe ». Elle constata ensuite que le troisième requérant « ne rapport[ait] pas une telle preuve de nature intrinsèque et qui en aucun cas ne saurait résulter du fait qu'il appart[enait] au sexe féminin aux yeux des tiers ». Elle jugea en outre que le respect de la vie privée ne pouvait avoir pour effet d'exonérer le troisième requérant de cette « obligation probatoire qui ne tend[ait] pas à confondre le transgenre et le transsexualisme, mais qui, outre l'indisponibilité de l'état des personnes, a[vait] pour finalité d'assurer la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil ». Elle ajouta que, légitime et ne présentant aucun caractère discriminatoire, cette exigence ne violait pas l'article 14 de la Convention, et qu'il ne lui appartenait pas de pallier à la carence du troisième requérant dans l'administration de la preuve.

## 3. L'arrêt de la Cour de cassation du 13 février 2013

### a) Le moyen de cassation

50. Le troisième requérant se pourvut en cassation contre l'arrêt du 3 janvier 2011. Il soutenait que le droit au respect de la vie privée impliquait le droit de définir son appartenance sexuelle et d'obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir un processus irréversible de changement de sexe et d'en administrer la preuve. Il en déduisait qu'en retenant qu'il aurait dû apporter la preuve d'un tel processus irréversible, la cour d'appel avait violé l'article 8 de la Convention, d'autant plus que ni le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ni la cohérence et la sécurité des actes de l'état civil n'imposaient à une personne de subir un processus irréversible de changement de sexe et d'en rapporter la preuve pour obtenir la modification des actes de l'état civil. Il ajoutait qu'il était discriminatoire et contraire à l'article 14 de la Convention de subordonner le droit d'une personne d'obtenir la modification des actes de l'état civil de façon qu'ils reflètent l'identité de genre qu'elle avait choisie à la preuve d'avoir subi un processus irréversible de changement de sexe.

### b) L'arrêt du 13 février 2013

51. Le pourvoi du troisième requérant fut examiné en même temps que celui du deuxième requérant.
52. Le 13 février 2013, la Cour de cassation (première chambre civile) rejeta le pourvoi par un arrêt ainsi motivé :
- « (...) attendu que, pour justifier une demande de rectification de la mention du sexe figurant dans un acte de naissance, la personne doit établir, au regard de ce qui est communément admis par la communauté scientifique, la réalité du syndrome transsexuel dont elle est atteinte ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence ;
- Et attendu qu'ayant relevé que [le troisième requérant] ne rapportait pas la preuve, de nature intrinsèque à sa personne, du caractère irréversible du processus de changement de sexe, qui ne pouvait

résulter du seul fait qu'il appartenait au sexe féminin aux yeux des tiers, c'est sans porter atteinte aux principes posés par les articles 8 et 14 de la Convention (...), mais par un juste équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et d'indisponibilité de l'état des personnes d'une part, de protection de la vie privée d'autre part, que la cour d'appel a rejeté sa demande (...) »

*omissis*

## En Droit

### II. Sur les violations alléguées de l'article 8 de la convention

83. Les requérants se plaignent du fait que leur demande tendant à la rectification de la mention de leur sexe sur leur acte de naissance a été rejetée au motif que, pour justifier d'une telle demande, le demandeur ou la demandeuse doivent établir la réalité du syndrome transsexuel dont il ou elle est atteint ainsi que le caractère irréversible de la transformation de son apparence. Dénonçant le fait que cette seconde condition a pour effet de contraindre les personnes transgenres qui, comme elles, souhaitent obtenir une modification de la mention de leur sexe à l'état civil, à subir préalablement une opération ou un traitement impliquant une stérilité irréversible, ils invoquent l'article 8 de la Convention ...*omissis*...

Le premier requérant (requête no 79885/12) déclare combiner l'article 8 précité avec l'article 3 de la Convention ...*omissis*...

84. Le deuxième requérant (requête no 52471/13) se plaint en outre spécifiquement du fait que la première condition (la preuve de la réalité du syndrome transsexuel) porte atteinte à la dignité des personnes concernées dès lors que cela suppose qu'elles sont atteintes d'un trouble mental. Il invoque l'article 8 précité.
85. Le premier requérant (requête no 79885/12) dénonce par ailleurs le fait que les juridictions internes ont conditionné la rectification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance à sa soumission à une expertise médicale traumatisante. Selon lui, les expertises médicales imposées dans ce contexte par la Cour de cassation française constituent, au moins potentiellement, des traitements dégradants. Il invoque l'article 8 précité, combiné avec l'article 3 précité.

#### A. Sur la recevabilité

*omissis*

#### B. Sur le fond

##### 1. Questions préliminaires

###### a) Sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention

92. La Cour a souligné à de nombreuses reprises que la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive, qui recouvre non seulement l'intégrité physique et morale de l'individu, mais aussi parfois des aspects de l'identité physique et sociale de celui-ci. Des éléments tels que, par exemple, l'identité ou l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 de la Convention (voir, notamment, *Van Kück c. Allemagne*, no 35968/97, § 69, CEDH 2003 VII, *Schlumpf c. Suisse*, no 29002/06, § 77, 8 janvier 2009, et *Y.Y. c. Turquie*, précitée, § 56, ainsi que les références qui y sont indiquées).
93. La Cour a également souligné que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 de la Convention (voir *Pretty c. Royaume-Uni*, no 2346/02, § 61), ce qui l'a conduite à reconnaître, dans le contexte de l'application de cette disposition à la situation des personnes transsexuelles, qu'elle comporte un droit à l'autodétermination (voir, précités, *Van Kück*, § 69, et *Schlumpf*, § 100), dont la liberté de définir son appartenance sexuelle est l'un des éléments les plus essentiels (*Van Kück*, précité, § 73). Elle a de plus indiqué que le droit à l'épanouissement personnel et à l'intégrité physique et morale des personnes transsexuelles est garanti par l'article 8 (voir, notamment, précités, *Van Kück*, § 69, *Schlumpf*, § 100, et *Y.Y. c. Turquie*, § 58).

94. Les arrêts rendus à ce jour par la Cour dans ce domaine portent sur la reconnaissance légale de l'identité sexuelle de personnes transsexuelles ayant subi une opération de réassignation (*Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, série A no 106 ; *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, série A no 184 ; *B. c. France*, précité ; *Christine Goodwin*, précité ; *I. c. Royaume-Uni* [GC], no 25680/94, 11 juillet 2002 ; *Grant c. Royaume-Uni*, no 32570/03, CEDH 2006 VII ; *Hämäläinen c. Finlande* [GC], no 37359/09, CEDH 2014) et sur les conditions de l'accès à une telle opération (*Van Kück*, précitée ; *Schlumpf*, précitée ; *L. c. Lituanie*, no 27527/03, CEDH 2007 IV ; *Y.Y. c. Turquie*, précité). On ne saurait toutefois en déduire que la question de la reconnaissance légale de l'identité sexuelle des personnes transgenres qui n'ont pas subi un traitement de réassignation sexuelle agréé par les autorités ou qui ne souhaitent pas subir un tel traitement échappe au champ d'application de l'article 8 de la Convention.
  95. Élément de l'identité personnelle, l'identité sexuelle relève pleinement du droit au respect de la vie privée que consacre l'article 8 de la Convention. Cela vaut pour tous les individus.
  96. L'article 8 s'applique donc aux présentes affaires sous son volet « vie privée », ce que, du reste, le Gouvernement ne conteste pas.
- b) *Sur la question de savoir si les affaires concernent une ingérence ou une obligation positive*
97. Se référant aux arrêts *I. c. Royaume-Uni*, *Christine Goodwin* et *Van Kück* (précités), le Gouvernement rappelle que l'article 8 met à la charge des États membres l'obligation de reconnaître juridiquement la conversion sexuelle des personnes transsexuelles, ces États ne disposant d'une marge d'appréciation que pour déterminer les conditions que doivent remplir celles qui revendiquent la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle pour établir que leur conversion sexuelle a bien été opérée. Il en déduit que le grief doit être examiné sous l'angle des obligations positives.
  98. Les deuxième et troisième requérants ne se prononcent pas explicitement sur ce point.
  99. La Cour marque son accord avec le Gouvernement : comme par exemple dans l'affaire *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (30 juillet 1998, § 51, Recueil des arrêts et décisions 1998 V), les griefs des requérants doivent être examinés sous l'angle de la question de savoir si l'État défendeur est ou non resté en défaut de s'acquitter de l'obligation positive de garantir aux intéressées le droit au respect de leur vie privée. Elle renvoie par ailleurs à l'affaire *Hämäläinen* précitée qui, comme les présentes affaires, concernait la compatibilité des conditions de la reconnaissance légale de l'identité d'une personne transsexuelle avec les exigences de l'article 8 de la Convention, dans laquelle elle a jugé plus approprié d'analyser le grief de la requérante du point de vue des obligations positives. En d'autres termes, la question à trancher est celle de savoir si le respect de la vie privée des requérants implique pour l'État l'obligation positive de mettre en place une procédure propre à leur permettre de faire reconnaître juridiquement leur identité sexuelle sans avoir à remplir les conditions qu'ils dénoncent (voir, *mutatis mutandis*, *Hämäläinen*, § 64).
  100. La Cour constate que la France répond à première vue à cette obligation positive puisque le droit français permet aux personnes transsexuelles d'obtenir la reconnaissance légale de leur identité par le biais de la rectification de leur état civil. Cependant, à l'époque des faits de la cause des requérants, le droit français subordonnait cette reconnaissance légale à l'établissement de la réalité du syndrome transsexuel et du caractère irréversible de la transformation de l'apparence ; les demandes formulées à cette fin par les deuxième et troisième requérants ont ainsi été rejetées au motif que cette condition n'était pas remplie. La question qui se pose dans le cas des deuxième et troisième requérants est donc celle de savoir si, en leur opposant cette condition, la France a manqué à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée. Dans le cas du premier requérant, se pose celle de savoir si la France s'est rendue responsable d'un pareil manquement en subordonnant la reconnaissance légale de son identité à sa soumission à une expertise médicale.
  101. La Cour va en conséquence vérifier si, compte tenu de la marge d'appréciation dont elle disposait, la France, en opposant de telles conditions à la reconnaissance légale de l'identité sexuelle des requérants, a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de ces derniers, les objectifs visés au paragraphe 2 de l'article 8 jouant un certain rôle (voir, par exemple, *Hämäläinen*, précité, § 65).

*omissis*

c) *Appréciation de la Cour*

i. *Question préliminaire*

116. La première question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, en imposant aux personnes transgenres qui souhaitent obtenir la reconnaissance de leur identité sexuelle la démonstration du « caractère irréversible de la transformation de [l']apparence », le droit positif français, tel qu'établi à l'époque des

- présentes affaires, assujettissait cette reconnaissance à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants.
117. La Cour relève tout d'abord l'ambiguïté de ces termes : la référence à l'« apparence » fait penser à une transformation superficielle, alors que la notion d'irréversibilité renvoie à l'idée d'une transformation radicale qui, dans le contexte du changement de l'identité légale des personnes transgenres, renvoie elle-même à celle de la stérilité. Elle juge cette ambiguïté problématique dès lors que l'intégrité physique des personnes est en jeu.
  118. Elle note que le Gouvernement se réfère – sans les produire – à des décisions internes dont il ressortirait que certaines juridictions du fond auraient admis des changements de l'état civil de personnes transgenres sans exiger d'elles qu'elles établissent leur stérilité. Elle constate cependant que l'un des requérants se réfère à des décisions concomitantes – il en produit deux – qui montrent à l'inverse que plusieurs juridictions ont exigé une telle preuve.
  119. La Cour observe en outre que, dans son avis du 27 juin 2013, la CNCDH souligne que, « si l'intervention chirurgicale n'est pas exigée, le droit demande en revanche un traitement médical irréversible, qui implique notamment une obligation de stérilisation » et que « cette condition contraint les personnes concernées à suivre des traitements médicaux aux conséquences très lourdes, qui impliquent une obligation de stérilisation », précisant que « cette obligation ne passe pas forcément par des opérations chirurgicales de réassignation sexuelles, mais peut être obtenue par des traitements hormonaux, dont la Haute Autorité de santé indique que, pris sur le long terme, ils sont susceptibles d'entraîner des modifications irréversibles du métabolisme » (paragraphe 63 ci-dessus). C'est aussi l'analyse des auteurs de la proposition de loi no 216 visant à protéger l'identité de genre, enregistrée au Sénat le 11 décembre 2013, dont les motifs précisent que, si le droit positif tel qu'alors établi « n'exige pas d'intervention chirurgicale, il demande en revanche un traitement médical irréversible qui implique la stérilisation » (paragraphe 66 ci-dessus). Des associations dédiées à la protection des intérêts des personnes transgenres, telles que Transgender Europe (paragraphe 71 ci-dessus) et l'association nationale transgenre (paragraphe 67 ci-dessus), observent pareillement que la stérilité figure parmi les conditions posées par le droit positif français tel qu'il était établi à l'époque des faits des présentes affaires.
  120. La Cour partira donc du principe qu'à l'époque des circonstances de la cause des requérants, le droit positif français assujettissait la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement qui, par sa nature et son intensité, entraînait une très forte probabilité de stérilité.

ii. *Sur la marge d'appréciation*

121. Dans la mise en œuvre des obligations positives qui leur incombent au titre de l'article 8, les États jouissent d'une certaine marge d'appréciation. Pour déterminer l'ampleur de cette marge d'appréciation, il y a lieu de prendre en compte un certain nombre de facteurs. Ainsi, cette marge d'appréciation est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates. Elle est d'une façon générale également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit. Toutefois, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte (voir, notamment, *Hämäläinen*, précité, § 67, ainsi que les références qui y sont indiquées).
122. En l'espèce, la Cour note que les États parties sont partagés sur la condition de stérilité (paragraphe 71 ci-dessus). Il n'y a donc pas consensus en la matière. Elle relève ensuite que des intérêts publics sont en jeu, le Gouvernement invoquant à cet égard la nécessité de préserver le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et de garantir la fiabilité et la cohérence de l'état civil, et que les présentes affaires soulèvent des questions morales et éthiques délicates.
123. Elle constate toutefois également qu'un aspect essentiel de l'identité intime des personnes, si ce n'est de leur existence, se trouve au cœur-même des présentes requêtes. D'abord parce que l'intégrité physique des individus est directement en cause dès lors qu'il est question de stérilisation. Ensuite, parce que les requêtes ont trait à l'identité sexuelle des individus, la Cour ayant déjà eu l'occasion de souligner que « la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 » (voir, précités, *Pretty*, § 61, *Van Kück*, § 69, et *Schlumpf*, § 100) et que le droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel est un aspect fondamental du droit au respect de la vie privée (voir *Van Kück*, précité, § 75). Ce constat la conduit à retenir que l'État défendeur ne disposait en l'espèce que d'une marge d'appréciation restreinte.
124. Surabondamment, la Cour relève que cette condition a disparu du droit positif de onze États parties entre 2009 et 2016, dont la France, et que des réformes dans ce sens sont débattues dans d'autres États parties (paragraphe 71 ci-dessus). Cela montre qu'une tendance vers son abandon, basée sur une évolu-



- tion de la compréhension du transsexualisme, se dessine en Europe ces dernières années.
125. Elle note aussi que de nombreux acteurs institutionnels européens et internationaux de la promotion et de la défense des droits humains ont très nettement pris position en faveur de l'abandon du critère de stérilité, qu'ils jugent attentatoire aux droits fondamentaux : le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le rapporteur spécial des Nations unies sur la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'organisation mondiale de la santé, le fonds des Nations unies pour l'enfance, la Haut-Commissaire et le Haut-Commissariat aux droits de l'Homme des Nations unies, ONU Femmes, ONU Sida, le programme des Nations unies pour le développement et le fonds des Nations unies pour la population (paragraphe 73-81 ci-dessus). Elle observe que beaucoup de ces déclarations sont intervenues antérieurement ou concomitamment aux arrêts rendus par la Cour de cassation en la cause des deuxième et troisième requérants.
- iii. *Sur le maintien d'un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts des requérants*
126. La Cour constate que, pour obtenir la reconnaissance de leur identité, les personnes qui se trouvent dans la situation des requérants n'avaient d'autre choix que de subir préalablement un lourd traitement médical ou une opération chirurgicale qui devait avoir pour conséquence, selon le droit positif français à l'époque des faits des présentes affaires, une transformation irréversible de leur apparence. Comme la Cour l'a indiqué précédemment, cela conduisait, selon un très fort taux de probabilité, à exiger leur stérilité. Toutes les personnes transgenres ne veulent – ou ne peuvent – pourtant pas subir un traitement ou une opération ayant de telles conséquences, ce qu'illustre du reste le cas des deuxième et troisième requérants dans les présentes affaires. La Cour relève à cet égard que, dans son avis du 27 juin 2013 précité, la CNCDH souligne que des personnes qui ne souhaitaient pas avoir recours à ces traitements et à ces opérations en acceptaient néanmoins la contrainte dans l'espoir de voir aboutir la procédure judiciaire relative à la modification de leur état civil (paragraphe 65 ci-dessus).
  127. Or de tels traitements et opérations médicaux touchent à l'intégrité physique de la personne, laquelle est protégée par l'article 3 de la Convention (que les deuxième et troisième requérants n'invoquent toutefois pas) ainsi que par l'article 8 de la Convention.
  128. Dans des contextes différents, la Cour a ainsi conclu à la violation de ces dispositions dans le cadre de stérilisations pratiquées sur des adultes sains d'esprit qui n'y avaient pas donné un consentement éclairé. En particulier, elle a déduit du fait que la stérilisation porte sur l'une des fonctions corporelles essentielles des êtres humains, qu'elle a des incidences sur de multiples aspects de l'intégrité de la personne, y compris sur le bien-être physique et mental et la vie émotionnelle, spirituelle et familiale. Elle a précisé que, si elle peut être pratiquée de manière légitime à la demande de la personne concernée, par exemple comme mode de contraception, ou à des fins thérapeutiques lorsque l'existence d'une nécessité médicale est établie de façon convaincante, la situation est différente lorsqu'elle est imposée à un patient adulte et sain d'esprit sans son consentement. Selon la Cour, une telle manière de procéder est incompatible avec le respect de la liberté et de la dignité de l'homme, qui constitue l'un des principes fondamentaux au cœur de la Convention (voir *Soares de Melo c. Portugal*, no 72850/14, §§ 109-111, 16 février 2016 ; voir aussi *G.B. et R.B. c. République de Moldova*, no 16761/09, §§ 29-30 et 32, 18 décembre 2012).
  129. Plus largement, la Cour a jugé que, dans le domaine de l'assistance médicale, même lorsque le refus d'accepter un traitement particulier risque d'entraîner une issue fatale, le fait d'imposer un traitement médical à un adulte sain d'esprit sans son consentement s'analyse en une atteinte à son droit à l'intégrité physique (voir *V.C. c. Slovaquie*, no 18968/07, § 105, CEDH 2011, ainsi que les arrêts auxquels il renvoie : *Pretty*, précité, §§ 63 et 65, CEDH 2002-III, *Glass c. Royaume-Uni*, no 61827/00, §§ 82-83, CEDH 2004-II, et *Les témoins de Jéhovah de Moscou c. Russie*, no 302/02, § 135, 10 juin 2010 ; voir aussi *Soares de Melo*, précité, § 109).
  130. Or un traitement médical n'est pas véritablement consenti lorsque le fait pour l'intéressé de ne pas s'y plier a pour conséquence de le priver du plein exercice de son droit à l'identité sexuelle et à l'épanouissement personnel qui, comme rappelé précédemment, est un aspect fondamental de son droit au respect de sa vie privée (*Van Kück*, précité, § 75).
  131. Conditionner la reconnaissance de l'identité sexuelle des personnes transgenres à la réalisation d'une opération ou d'un traitement stérilisants – ou qui produit très probablement un effet de cette nature – qu'elles ne souhaitent pas subir, revient ainsi à conditionner le plein exercice de leur droit au respect de leur vie privée que consacre l'article 8 de la Convention à la renonciation au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique que garantit non seulement cette disposition mais aussi l'article 3 de la Convention.
  132. La Cour admet pleinement que la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, la garantie de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil et, plus largement, l'exigence de sécurité juridique, relèvent de l'intérêt général. Elle constate cependant qu'au nom de l'intérêt général ainsi compris, le droit positif français, tel qu'établi à l'époque des faits des présentes affaires, mettait les per-



sonnes transgenres ne souhaitant pas suivre un traitement de réassignation sexuel intégral devant un dilemme insoluble : soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisants ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique, qui relève notamment du droit au respect de la vie privée que garantit l'article 8 de la Convention ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit. Elle voit là une rupture du juste équilibre que les États parties sont tenus de maintenir entre l'intérêt général et les intérêts des personnes concernées.

133. Elle rappelle à cet égard qu'elle a retenu dans l'arrêt *Y.Y. c. Turquie* (précité, § 119) que le respect dû à l'intégrité physique du requérant (une personne transsexuelle dont la demande tendant à avoir accès à une opération de réassignation avait été rejetée parce qu'elle n'avait pas démontré être dans l'incapacité définitive de procréer) s'opposait à ce qu'il ait à se soumettre à un traitement ayant pour effet une infertilité définitive. Elle rappelle également que, dans l'affaire *Soares de Melo* (précitée, § 111), elle a jugé contraire à l'article 8 le fait de conditionner l'exercice des droits parentaux – protégé par cette même disposition – à la soumission à une opération de stérilisation.
134. La Cour observe par ailleurs que, le 12 octobre 2016, le législateur français a expressément exclu la stérilisation des conditions exigées des personnes transgenres pour l'obtention de la reconnaissance de leur identité. Le nouvel article 61-6 du code civil précise en effet que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande [de modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil] » (paragraphe 68 ci-dessus).
135. Partant, le rejet de la demande des deuxième et troisième requérants tendant à la modification de leur état civil au motif qu'ils n'avaient pas établi le caractère irréversible de la transformation de leur apparence, c'est-à-dire démontré avoir subi une opération stérilisante ou un traitement médical entraînant une très forte probabilité de stérilité, s'analyse en un manquement par l'État défendeur à son obligation positive de garantir le droit de ces derniers au respect de leur vie privée. Il y a donc, de ce chef, violation de l'article 8 de la Convention à leur égard.

### 3. Sur la condition de réalité du syndrome transsexuel (requête no 52471/13)

*omissis*

#### b) Appréciation de la Cour

138. La Cour n'ignore pas que le deuxième requérant se fait l'écho du point de vue défendu par les organisations non gouvernementales dédiées à la protection des droits des personnes transgenres, selon lequel, d'une part, le transgendérisme n'est pas une maladie et, d'autre part, la psycho-pathologisation des identités de genre renforce la stigmatisation dont elles sont victimes. C'est également la position de la CNCDH qui, dans son avis du 27 juin 2013 (paragraphe 63-65 ci-dessus), souligne que, « placée dans le cadre judiciaire, l'exigence d'une attestation de « syndrome de dysphorie de genre » est problématique dans la mesure où la formulation même paraît valider une pathologisation de la transidentité, bien que les troubles de l'identité de genre aient été retirés de la liste des affections psychiatriques par [le décret no 2010-125 du 8 février 2010] ». La CNCDH ajoute que « la demande d'attestation d'un syndrome de dysphorie de genre, qui est requis en tant que diagnostic différentiel dans le strict cadre des démarches médicales entreprises par les personnes transsexuelles, contribue, dans le cadre judiciaire, à la stigmatisation de ces personnes et à l'incompréhension de ce qu'est la réalité de la transidentité ». Elle recommande en conséquence que cette condition soit retirée de la procédure de changement de sexe à l'état civil.
139. La Cour observe cependant qu'un psychodiagnostic préalable figure parmi les conditions de la reconnaissance juridique de l'identité de genre des personnes transgenres dans la très grande majorité des quarante États parties dans lesquels une telle reconnaissance est possible : seuls quatre d'entre eux ont adopté une législation mettant en place une procédure de reconnaissance qui exclut un tel diagnostic préalable (paragraphe 72 ci-dessus). Il y a donc à l'heure actuelle une quasi-unanimité à cet égard. Elle constate ensuite que le « transsexualisme » figure au chapitre 5 de la classification internationale des maladies (CIM-10 ; no F64.0) publié par l'Organisation mondiale de la santé, relatif aux « troubles mentaux et du comportement » (sous-chapitre « troubles de la personnalité et du comportement chez l'adulte » ; sous-sous-chapitre « troubles de l'identité sexuelle »). Elle relève de plus que, contrairement à la condition de stérilité, l'obligation d'un psychodiagnostic préalable ne met pas directement en cause l'intégrité physique des individus. Enfin, elle note surabondamment, que si le Commissaire aux droits de l'homme (paragraphe 73 ci-dessus) souligne que la condition d'un diagnostic psychiatrique peut devenir un obstacle à l'exercice de leurs droits fondamentaux, notamment lorsqu'il sert à limiter leur capacité juridique ou à leur imposer un traitement médical, il n'apparaît pas qu'il y ait sur ce point des

- prises de position d'acteurs européens et internationaux de promotion et de défense des droits fondamentaux aussi tranchées que sur la condition de stérilité.
140. La Cour en déduit que, même si un aspect important de l'identité des personnes transgenres est en cause dès lors qu'il s'agit de la reconnaissance de leur identité sexuelle (paragraphe 123 ci-dessus), les États parties conservent une large marge d'appréciation quant à la décision d'y poser une telle condition.
  141. La Cour note par ailleurs que le Gouvernement renvoie à la déclaration de la haute autorité de la santé selon laquelle le diagnostic de dystrophie du genre est exigé en tant que diagnostic différentiel, afin de garantir aux médecins, en amont du traitement endocrinologique ou chirurgical, que la souffrance du patient ne provient pas d'autres causes. Pour autant que le Gouvernement entend ainsi soutenir que l'exigence d'un psychodiagnostic préalable permet d'éviter que des individus qui ne sont pas véritablement transgenres s'engagent dans un traitement médical de conversion irréversible, il ne convainc pas entièrement s'agissant de la situation de personnes qui – tels les deuxième et troisième requérants – refusent de subir un traitement ayant des effets stérilisants irréversibles. La Cour admet néanmoins que cette exigence vise à préserver les intérêts des personnes concernées en ce qu'en tout cas, elle tend à faire en sorte qu'elles ne s'engagent pas erronément dans un processus de changement légal de leur identité.
  142. En cela, du reste, les intérêts du deuxième requérant se confondent partiellement avec l'intérêt général attaché à la préservation du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, de la fiabilité et de la cohérence de l'état civil, et de la sécurité juridique, dès lors que cette exigence est également favorable à la stabilité des modifications du sexe à l'état civil.
  143. La Cour estime en conséquence que, compte tenu tout particulièrement de la large marge d'appréciation dont elle disposait, la France, en retenant, pour rejeter la demande du deuxième requérant tendant à la modification de la mention du sexe sur son acte de naissance, qu'il n'avait pas démontré la réalité du syndrome transsexuel dont il est atteint, a maintenu un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence.
  144. Autrement dit, le rejet de la demande du deuxième requérant pour ce motif ne caractérise pas un manquement par la France à son obligation positive de garantir le droit de ce dernier au respect de sa vie privée. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 8 de la Convention de ce chef à son égard.

#### 4. Sur l'obligation de subir un examen médical (requête no 79885/12)

*omissis*

##### b) Appréciation de la Cour

149. La Cour note que le premier requérant déclare combiner l'article 8 de la Convention avec l'article 3 de la Convention. Maîtresse de la qualification juridique des faits, elle juge approprié d'examiner les allégations du premier requérant sous l'angle du seul article 8.
150. Cela étant souligné, la Cour doit prendre en compte le fait que le premier requérant, qui avait fait le choix de subir une opération de conversion sexuelle à l'étranger, soutenait devant le juge interne qu'il remplissait en conséquence les conditions requises par le droit positif pour obtenir un changement d'état civil. L'expertise litigieuse, qui visait à établir si cette allégation était exacte, a donc été décidée par un juge dans le cadre de l'administration de la preuve, domaine dans lequel la Cour reconnaît aux États parties une très large marge de manœuvre sous réserve qu'ils ne se livrent pas à l'arbitraire.
151. C'est en effet aux juridictions internes qu'il revient d'apprécier la valeur probante des éléments qui leur sont soumis. En l'espèce, le tribunal de grande instance de Paris a, dans son jugement du 17 février 2009 (paragraphe 17 ci-dessus), indiqué avec précision les raisons pour lesquelles il jugeait insuffisants ceux que produisait le premier requérant ; il a en conséquence désigné des experts relevant de trois spécialités différentes et complémentaires, auxquels il a confié une mission détaillée. Rien ne permet de considérer que cette décision était entachée d'arbitraire. Comme l'indique le Gouvernement, le tribunal décidait ainsi dans le cadre du pouvoir souverain d'appréciation que lui confère en la matière le droit français, le code de procédure civile donnant au juge du fond le pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction « en tout état de cause, dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer » (article 144), dont des expertises (articles 232 et 263 et suivants).
152. Ces éléments conduisent la Cour à retenir que, même si l'expertise médicale ordonnée impliquait un examen de l'intimité génital du premier requérant, l'ampleur de l'ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée qui en aurait résulté mérite d'être significativement relativisée.
153. La Cour estime en conséquence qu'en retenant pour rejeter la demande du premier requérant tendant à la modification de la mention du sexe sur son acte de naissance, le fait qu'il opposait un refus de principe à l'expertise médicale qu'il avait ordonnée, le juge interne, qui, aux termes de l'article 11 du code de procédure civile, pouvait tirer toute conséquence de ce refus, a maintenu un juste équilibre entre les intérêts concurrents en présence.

154. Autrement dit, cette circonstance ne caractérise pas un manquement par la France à son obligation positive de garantir le droit du premier requérant au respect de sa vie privée. Il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention de ce chef à son égard.

*omissis*

## Par ces motifs, la Cour, à l’unanimité,

1. *Décide*, à l’unanimité, de joindre les requêtes nos 79885/12, 52471/13 et 52596/13 ;
2. *Déclare*, à l’unanimité, la requête no 79885/12 irrecevable pour autant qu’elle se rapporte au grief tiré de l’article 8 de la Convention relatif à l’obligation d’établir le caractère irréversible de la transformation de l’apparence ;
3. *Déclare*, à l’unanimité, le restant des requêtes recevables ;
4. *Dit*, par six voix contre une, qu’il y a eu violation de l’article 8 de la Convention dans le chef des deuxième et troisième requérants à raison de la condition d’irréversibilité de la transformation de l’apparence (requêtes nos 52471/13 et 52596/13) ;
5. *Dit*, à l’unanimité, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention dans le chef du deuxième requérant à raison de la condition de réalité du syndrome transsexuel (requête no 52471/13) ;
6. *Dit*, à l’unanimité, qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention dans le chef du premier requérant à raison de l’obligation de subir un examen médical (requête no 79885/12) ;
7. *Dit*, par six voix contre une, que, s’agissant des requêtes nos 52471/13 et 52596/13, il n’y a pas lieu d’examiner le grief tiré de l’article 14 de la Convention combiné avec l’article 8 de la Convention ;
8. *Dit*, à l’unanimité, que, s’agissant de la requête no 79885/12, il n’y a pas lieu d’examiner le grief tiré de l’article 6 § 1 de la Convention ;

*omissis*

## Corte europea dei diritti dell'Uomo

### Decisione del 15 gennaio 2013, *Eweida e altri c. Regno Unito*, n. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10.

UNIONE CIVILE (*REGISTERED PARTNERSHIP*) – PUBBLICO UFFICIALE - RIFIUTO DI CELEBRARE – SANZIONE DEL LICENZIAMENTO PREVISTA DALL'ORDINAMENTO NAZIONALE – LIBERTÀ DI RELIGIONE – VIOLAZIONE – INSUSSITENZA

Tenuto conto dell'ampio margine di apprezzamento di cui dispongono gli Stati parte in materia religiosa, non costituisce violazione della libertà di religione, presa isolatamente o in combinato col divieto di discriminazione, la restrizione imposta a coloro che sono tenuti a prestare servizi, pubblici o privati, se nel manifestare il proprio credo in ambito lavorativo finiscono per ledere i diritti altrui. Non viola per conseguenza la Convenzione l'ordinamento nazionale che sanzioni la condotta del pubblico ufficiale che, per ragioni religiose, rifiuta di celebrare o registrare una unione civile (*registered partnership*).

Riferimenti normativi: Artt. 9 e 14 Cedu

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

FOURTH SECTION

...omissis...

### The circumstances of the case

7. The first applicant, Ms Eweida, was born in 1951 and lives in Twickenham. The second applicant, Ms Chaplin, was born in 1955 and lives in Exeter. The third applicant, Ms Ladele, was born in 1960 and lives in London. The fourth applicant, Mr McFarlane, was born in 1961 and lives in Bristol.
8. The facts of the case, as submitted by the parties, may be summarised as follows.

...omissis...

#### C. Ms Ladele

23. The third applicant is a Christian. She holds the view that marriage is the union of one man and one woman for life, and sincerely believes that same-sex civil partnerships are contrary to God's law.
24. Ms Ladele was employed by the London Borough of Islington, a local public authority, from 1992. Islington had a "Dignity for All" equality and diversity policy, which stated inter alia:
 

"Islington is proud of its diversity and the council will challenge discrimination in all its forms. 'Dignity for all' should be the experience of Islington staff, residents and service users, regardless of the age, gender, disability, faith, race, sexuality, nationality, income or health status. ...

The council will promote community cohesion and equality for all groups but will especially target discrimination based on age, disability, gender, race, religion and sexuality. ...

In general, Islington will:

(a) Promote community cohesion by promoting shared community values and understanding, underpinned by equality, respect and dignity for all. ...

It is the council's policy that everyone should be treated fairly and without discrimination. Islington aims to ensure that:

- Staff experience fairness and equity of treatment in the workplace
- Customers receive fair and equal access to council services
- Staff and customers are treated with dignity and respect

The council will actively remove discriminatory barriers that can prevent people from obtaining the employment opportunities and services to which they are entitled. The council will not tolerate processes, attitudes and behaviour that amount to discrimination, including harassment, victimisation and bullying through prejudice, ignorance, thoughtlessness and stereotyping. ...

All employees are expected to promote these values at all times and to work within the policy. Employees found to be in breach of this policy may face disciplinary action."

25. In 2002 Ms Ladele became a registrar of births, deaths and marriages. Although she was paid by the local authority and had a duty to abide by its policies, she was not employed by it but instead held office under the aegis of the Registrar General. The Civil Partnership Act 2004 came into force in the United Kingdom on 5 December 2005. The Act provided for the legal registration of civil partnerships between two people of the same sex, and accorded to them rights and obligations equivalent to those of a married couple. In December 2005 Islington decided to designate all existing registrars of births, deaths and marriages as civil partnership registrars. It was not required to do this; the legislation simply required it to ensure that there was a sufficient number of civil partnership registrars for the area to carry out that function. Some other United Kingdom local authorities took a different approach, and allowed registrars with a sincerely held religious objection to the formation of civil partnerships to opt out of designation as civil partnership registrars.
26. Initially, Ms Ladele was permitted to make informal arrangements with colleagues to exchange work so that she did not have to conduct civil partnership ceremonies. In March 2006, however, two colleagues complained that her refusal to carry out such duties was discriminatory. In a letter dated 1 April 2006 Ms Ladele was informed that, in the view of the local authority, refusing to conduct civil partnerships could put her in breach of the Code of Conduct and the equality policy. She was requested to confirm in writing that she would henceforth officiate at civil partnership ceremonies. The third applicant refused to agree, and requested that the local authority make arrangements to accommodate her beliefs. By May 2007 the atmosphere in the office had deteriorated. Ms Ladele's refusal to carry out civil partnerships was causing rota difficulties and putting a burden on others and there had been complaints from homosexual colleagues that they felt victimised. In May 2007 the local authority commenced a preliminary investigation, which concluded in July 2007 with a recommendation that a formal disciplinary complaint be brought against Ms Ladele that, by refusing to carry out civil partnerships on the ground of the sexual orientation of the parties, she had failed to comply with the local authority's Code of Conduct and equality and diversity policy. A disciplinary hearing took place on 16 August 2007. Following the hearing, Ms Ladele was asked to sign a new job description requiring her to carry out straightforward signings of the civil partnership register and administrative work in connection with civil partnerships, but with no requirement to conduct ceremonies.
27. Ms Ladele made an application to the Employment Tribunal, complaining of direct and indirect discrimination on grounds of religion or belief and harassment. On 1 December 2007 the Statistics and Registration Act 2007 came into force and, instead of remaining an office holder employed by the Registrar General, Ms Ladele became an employee of the local authority, which now had the power to dismiss her. It was advanced before the Employment Tribunal that if the applicant lost the proceedings, it was likely that she would be dismissed.
28. On 3 July 2008, the Tribunal upheld the complaints of direct and indirect religious discrimination, and harassment, holding that the local authority had "placed a greater value on the rights of the lesbian, gay, bisexual and transsexual community than it placed on the rights of [Ms Ladele] as one holding an orthodox Christian belief". The local authority appealed to the Employment Appeal Tribunal, which on 19 December 2008 reversed the decision of the Employment Tribunal. It held that the local authority's treatment of Ms Ladele had been a proportionate means of achieving a legitimate aim, namely providing the registrar service on a non-discriminatory basis.
29. The decision of the Employment Appeal Tribunal was appealed to the Court of Appeal, which on 15 December 2009 upheld the Employment Appeal Tribunal's conclusions. It stated, at paragraph 52:
 

"...the fact that Ms Ladele's refusal to perform civil partnerships was based on her religious view of marriage could not justify the conclusion that Islington should not be allowed to implement its aim to the full, namely that all registrars should perform civil partnerships as part of its Dignity for All policy. Ms Ladele was employed in a public job and was working for a public authority; she was being required to perform a purely secular task, which was being treated as part of her job; Ms Ladele's refusal to perform that task involved discriminating against gay people in the course of that job; she was being asked to



perform the task because of Islington's Dignity for All policy, whose laudable aim was to avoid, or at least minimise, discrimination both among Islington's employees, and as between Islington (and its employees) and those in the community they served; Ms Ladele's refusal was causing offence to at least two of her gay colleagues; Ms Ladele's objection was based on her view of marriage, which was not a core part of her religion; and Islington's requirement in no way prevented her from worshipping as she wished."

The Court of Appeal concluded that Article 9 of the Convention and the Court's case-law supported the view that Ms Ladele's desire to have her religious views respected should not be allowed "...to override Islington's concern to ensure that all its registrars manifest equal respect for the homosexual community as for the heterosexual community." It further noted that from the time the 2007 Regulations (see paragraph 42 below) came into force, once Ms Ladele was designated a Civil Partnership Registrar, Islington was not merely entitled, but obliged, to require her to perform civil partnerships.

30. The applicant's application for leave to appeal to the Supreme Court was refused on 4 March 2010.

#### **D. Mr McFarlane**

31. The fourth applicant is a practising Christian, and was formerly an elder of a large multicultural church in Bristol. He holds a deep and genuine belief that the Bible states that homosexual activity is sinful and that he should do nothing which directly endorses such activity.

32. Relate Avon Limited ("Relate") is part of the Relate Federation, a national private organisation which provides a confidential sex therapy and relationship counselling service. Relate and its counsellors are members of the British Association for Sexual and Relationship Therapy (BASRT). That Association has a Code of Ethics and Principles of Good Practice which Relate and its counsellors abide by. Paragraphs 18 and 19 of the Code provide as follows:

"Recognising the right to self-determination, for example:

18. Respecting the autonomy and ultimate right to self-determination of clients and of others with whom clients may be involved. It is not appropriate for the therapist to impose a particular set of standards, values or ideals upon clients. The therapist must recognise and work in ways that respect the value and dignity of clients (and colleagues) with due regard to issues such as religion, race, gender, age, beliefs, sexual orientation and disability.

Awareness of one's own prejudices, for example:

19. The therapist must be aware of his or her own prejudices and avoid discrimination, for example on grounds of religion, race, gender, age, beliefs, sexual orientation, disability. The therapist has a responsibility to be aware of his or her own issues of prejudice and stereotyping and particularly to consider ways in which this may be affecting the therapeutic relationship."

Relate also has an Equal Opportunities Policy which emphasises a positive duty to achieve equality.

Part of it reads:

"Relate Avon is committed to ensuring that no person – trustees, staff, volunteers, counsellors and clients, receives less favourable treatment on the basis of personal or group characteristics, such as race, colour, age, culture, medical condition, sexual orientation, marital status, disability [or] socio-economic grouping. Relate Avon is not only committed to the letter of the law, but also to a positive policy that will achieve the objective of ensuring equality of opportunity for all those who work at the Centre (whatever their capacity), and all our clients."

33. Mr McFarlane worked for Relate as a counsellor from May 2003 until March 2008. He initially had some concerns about providing counselling services to same-sex couples, but following discussions with his supervisor, he accepted that simply counselling a homosexual couple did not involve endorsement of such a relationship and he was therefore prepared to continue. He subsequently provided counselling services to two lesbian couples without any problem, although in neither case did any purely sexual issues arise.
34. In 2007 Mr McFarlane commenced Relate's post-graduate diploma in psycho-sexual therapy. By the autumn of that year there was a perception within Relate that he was unwilling to work on sexual issues with homosexual couples. In response to these concerns, Relate's General Manager, a Mr B, met with Mr McFarlane in October 2007. The applicant confirmed he had difficulty in reconciling working with couples on same sex sexual practices and his duty to follow the teaching of the Bible. Mr B expressed concern that it would not be possible to filter clients, to prevent Mr McFarlane from having to provide psycho-sexual therapy to lesbian, gay or bisexual couples.
35. On 5 December 2007 Mr B received a letter from other therapists expressing concerns that an unnamed counsellor was unwilling, on religious grounds, to work with gay, lesbian and bi-sexual clients. On 12 December 2007 Mr B wrote to Mr McFarlane stating that he understood that he had refused to work with same-sex couples on certain issues, and that he feared that this was discriminatory and contrary to Relate's Equal Opportunities Policies. He asked for written confirmation by 19 December 2007 that Mr McFarlane would continue to counsel same-sex couples in relationship counselling and psycho-sexual therapy, failing which he threatened disciplinary action. On 2 January 2008 Mr McFarlane responded by confirming that he had no reservations about counselling same-sex couples. His views on providing

- psycho-sexual therapy to same-sex couples were still evolving, since he had not yet been called upon to do this type of work. Mr B interpreted this as a refusal by Mr McFarlane to confirm that he would carry out psycho-sexual therapy work with same-sex couples and he therefore suspended him, pending a disciplinary investigation. At an investigatory meeting on 7 January 2008 the applicant acknowledged that there was a conflict between his religious beliefs and psycho-sexual therapy with same-sex couples, but said that if he were asked to do such work, then he would do so and if any problems arose then he would speak to his supervisor. Mr B understood by this that Mr McFarlane undertook to comply with Relate's policies, and he therefore halted the disciplinary investigation.
36. Following a telephone conversation with the fourth applicant, his supervisor contacted Mr B to express deep concern. She considered that Mr McFarlane was either confused over the issue of same-sex psycho-sexual therapy or was being dishonest. When these concerns were put to him, Mr McFarlane stated that his views had not changed since the earlier discussion and that any issue would be addressed as it arose. He was called to a further disciplinary meeting on 17 March 2008, at which he was asked whether he had changed his mind, but he simply replied that he had nothing further to add to what he had said on 7 January 2008.
  37. On 18 March 2008 Mr B dismissed Mr McFarlane summarily for gross misconduct, having concluded that the applicant had said he would comply with Relate's policies and provide sexual counselling to same-sex couples without having any intention of doing so. He could therefore not be trusted to perform his role in compliance with the Equal Opportunities Policies. An appeal meeting took place on 28 April. The appeal was rejected on the basis that Mr B's lack of trust in Mr McFarlane to comply with the relevant policies was justified.
  38. Mr McFarlane lodged a claim with the Employment Tribunal, claiming, *inter alia*, direct and indirect discrimination, unfair dismissal, and wrongful dismissal. The Tribunal pronounced its judgment on 5 January 2009. It found that Mr McFarlane had not suffered direct discrimination contrary to Regulation 3(1)(a) of the 2003 Regulations (see paragraph 41 below). He had not been dismissed because of his faith, but because it was believed that he would not comply with the policies which reflected Relate's ethos. With regard to the claim of indirect discrimination under Regulation 3(1)(b), the Tribunal found that Relate's requirement that its counsellors comply with its Equal Opportunities Policy would put an individual who shared Mr McFarlane's religious beliefs at a disadvantage. However, the aim of the requirement was the provision of a full range of counselling services to all sections of the community, regardless of sexual orientation, which was legitimate. Relate's commitment to providing non-discriminatory services was fundamental to its work and it was entitled to require an unequivocal assurance from Mr McFarlane that he would provide the full range of counselling services to the full range of clients without reservation. He had failed to give such an assurance. Filtration of clients, although it might work to a limited extent, would not protect clients from potential rejection by Mr McFarlane, however tactfully he might deal with the issue. It followed that his dismissal had been a proportionate means of achieving a legitimate aim. The discrimination claim, therefore, failed. Finally, the Tribunal rejected the claim of unfair dismissal, finding that Relate had genuinely and reasonably lost confidence in Mr McFarlane to the extent that it could not be sure that, if presented with same-sex sexual issues in the course of counselling a same-sex couple, he would provide without restraint or reservation the counselling which the couple required because of the constraints imposed on him by his genuinely held religious beliefs.
  39. Mr McFarlane appealed to the Employment Appeal Tribunal against the Tribunal's findings in relation to direct and indirect discrimination and unfair dismissal. On 30 November 2009 the Employment Appeal Tribunal held that the Tribunal had been correct to dismiss the claims. It rejected Mr McFarlane's argument that it was not legitimate to distinguish between objecting to a religious belief and objecting to a particular act which manifested that belief, and held that such an approach was compatible with Article 9 of the Convention. It noted Relate's arguments that the compromise proposed by Mr McFarlane would be unacceptable as a matter of principle because it ran "entirely contrary to the ethos of the organisation to accept a situation in which a counsellor could decline to deal with particular clients because he disapproved of their conduct", and that it was not practicable to operate a system under which a counsellor could withdraw from counselling same-sex couples if circumstances arose where he believed that he would be endorsing sexual activity on their part. Relate was entitled to refuse to accommodate views which contradicted its fundamental declared principles. In such circumstances, arguments concerning the practicability of accommodating the applicant's views were out of place.
  40. Mr McFarlane applied to the Court of Appeal for permission to appeal against the decision of the Employment Appeal Tribunal. On 20 January 2010 the Court of Appeal refused the application on the basis that there was no realistic prospect of the appeal succeeding in the light of the Court of Appeal judgment of December 2009 in *Ladele*. Following the refusal by the Supreme Court to allow leave to appeal in *Ladele*, Mr McFarlane renewed his application for permission to appeal. After a hearing, that application was again refused on 29 April 2010, on the basis that the present case could not sensibly be

distinguished from Ladele.

*omissis*

## The law

*omissis*

### B. The Court's assessment

#### 1. General principles under Article 9 of the Convention

79. The Court recalls that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a “democratic society” within the meaning of the Convention. In its religious dimension it is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it (see *Kokkinakis v. Greece*, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260 A).
80. Religious freedom is primarily a matter of individual thought and conscience. This aspect of the right set out in the first paragraph of Article 9, to hold any religious belief and to change religion or belief, is absolute and unqualified. However, as further set out in Article 9 § 1, freedom of religion also encompasses the freedom to manifest one's belief, alone and in private but also to practice in community with others and in public. The manifestation of religious belief may take the form of worship, teaching, practice and observance. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions (see *Kokkinakis*, cited above, § 31 and also *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 105, ECHR 2005 XI). Since the manifestation by one person of his or her religious belief may have an impact on others, the drafters of the Convention qualified this aspect of freedom of religion in the manner set out in Article 9 § 2. This second paragraph provides that any limitation placed on a person's freedom to manifest religion or belief must be prescribed by law and necessary in a democratic society in pursuit of one or more of the legitimate aims set out therein.
81. The right to freedom of thought, conscience and religion denotes views that attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance (see *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, ECHR 2011; *Leela Förderkreis e.V. and Others v. Germany*, no. 58911/00, § 80, 6 November 2008; *Jakóbski v. Poland*, no. 18429/06, § 44, 7 December 2010). Provided this is satisfied, the State's duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State's part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed (see *Manoussakis and Others v. Greece*, judgment of 26 September 1996, Reports 1996-IV, p. 1365, § 47; *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 78, ECHR 2000-XI; *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 1, ECHR 2003-II).
82. Even where the belief in question attains the required level of cogency and importance, it cannot be said that every act which is in some way inspired, motivated or influenced by it constitutes a “manifestation” of the belief. Thus, for example, acts or omissions which do not directly express the belief concerned or which are only remotely connected to a precept of faith fall outside the protection of Article 9 § 1 (see *Skugar and Others v. Russia* (dec.), no. 40010/04, 3 December 2009 and, for example, *Arrowsmith v. the United Kingdom*, Commission's report of 12 October 1978, Decisions and Reports 19, p. 5; *C. v. the United Kingdom*, Commission decision of 15 December 1983, DR 37, p. 142; *Zaoui v. Switzerland* (dec.), no. 41615/98, 18 January 2001). In order to count as a “manifestation” within the meaning of Article 9, the act in question must be intimately linked to the religion or belief. An example would be an act of worship or devotion which forms part of the practice of a religion or belief in a generally recognised form. However, the manifestation of religion or belief is not limited to such acts; the existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case. In particular, there is no requirement on the applicant to establish that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question (see *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France* [GC], no. 27417/95, §§ 73-74, ECHR 2000 VII; *Leyla Şahin*, cited above, §§ 78 and 105; *Bayatyan*, cited above, § 111; *Skugar*, cited above; *Pichon and Sajous v. France* (dec.), no. 49853/99, Reports of Judgments and Decisions 2001-X).
83. It is true, as the Government point out and as Lord Bingham observed in *R (Begum) v. Governors of Denbigh High School* case (see paragraph 46 above), that there is case-law of the Court and Commission which indicates that, if a person is able to take steps to circumvent a limitation placed on his or her freedom to manifest religion or belief, there is no interference with the right under Article 9 § 1 and the limitation does not therefore require to be justified under Article 9 § 2. For example, in the above-cited *Cha'are*



*Shalom Ve Tsedek* case, the Court held that “there would be interference with the freedom to manifest one’s religion only if the illegality of performing ritual slaughter made it impossible for ultra-orthodox Jews to eat meat from animals slaughtered in accordance with the religious prescriptions they considered applicable”. However, this conclusion can be explained by the Court’s finding that the religious practice and observance at issue in that case was the consumption of meat only from animals that had been ritually slaughtered and certified to comply with religious dietary laws, rather than any personal involvement in the ritual slaughter and certification process itself (see §§ 80 and 82). More relevantly, in cases involving restrictions placed by employers on an employee’s ability to observe religious practice, the Commission held in several decisions that the possibility of resigning from the job and changing employment meant that there was no interference with the employee’s religious freedom (see, for example, *Konttinen v. Finland*, Commission’s decision of 3 December 1996, Decisions and Reports 87-A, p. 68; *Stedman v. the United Kingdom*, Commission’s decision of 9 April 1997; compare *Kosteski v. “the former Yugoslav Republic of Macedonia”*, no. 55170/00, § 39, 13 April 2006). However, the Court has not applied a similar approach in respect of employment sanctions imposed on individuals as a result of the exercise by them of other rights protected by the Convention, for example the right to respect for private life under Article 8; the right to freedom of expression under Article 10; or the negative right, not to join a trade union, under Article 11 (see, for example, *Smith and Grady v. the United Kingdom*, nos. 33985/96 and 33986/96, § 71, ECHR 1999 VI; *Vogt v. Germany*, 26 September 1995, § 44, Series A no. 323; *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, §§ 54-55, Series A no. 44). Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh that possibility in the overall balance when considering whether or not the restriction was proportionate.

84. According to its settled case-law, the Court leaves to the States party to the Convention a certain margin of appreciation in deciding whether and to what extent an interference is necessary. This margin of appreciation goes hand in hand with European supervision embracing both the law and the decisions applying it. The Court’s task is to determine whether the measures taken at national level were justified in principle and proportionate (see *Leyla Şahin*, cited above, § 110; *Bayatyan*, cited above, §§ 121-122; *Manoussakis*, cited above, § 44). Where, as for the first and fourth applicants, the acts complained of were carried out by private companies and were not therefore directly attributable to the respondent State, the Court must consider the issues in terms of the positive obligation on the State authorities to secure the rights under Article 9 to those within their jurisdiction (see, mutatis mutandis, *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos. 28955/06, 28957/06, 28959/06 and 28964/06, §§ 58-61, ECHR 2011; see also *Otto-Preminger-Institut v. Austria* judgment of 25 November 1994, Series A no. 295, § 47). Whilst the boundary between the State’s positive and negative obligations under the Convention does not lend itself to precise definition, the applicable principles are, nonetheless, similar. In both contexts regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State (see *Palomo Sánchez and Others*, cited above, § 62).

## 2. General principles under Article 14 of the Convention

85. The Court recalls that Article 14 of the Convention has no independent existence, since it has effect solely in relation to the rights and freedoms safeguarded by the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. However, the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of such provisions and to this extent it is autonomous. For Article 14 to become applicable it suffices that the facts of a case fall within the ambit of another substantive provision of the Convention or its Protocols (see, for example, *Thlimmenos v. Greece* [GC], no. 34369/97, § 40, ECHR 2000 IV).
86. The Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or “status”, are capable of amounting to discrimination within the meaning of Article 14 (*Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 42184/05, § 61, ECHR 2010). “Religion” is specifically mentioned in the text of Article 14 as a prohibited ground of discrimination.
87. Generally, in order for an issue to arise under Article 14 there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations (*Burden v. the United Kingdom* [GC], no. 13378/05, § 60, ECHR 2008 ). However, this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States, without an objective and reasonable justification, fail to treat differently persons whose situations are significantly different (*Thlimmenos*, cited above, § 44; see also *D.H. and Others v. the Czech Republic* [GC], no. 57325/00, § 175, ECHR 2007; *Runkee and White v. the United Kingdom*, nos. 42949/98 and 53134/99, § 35, 10 May 2007).
88. Such a difference of treatment between persons in relevantly similar positions - or a failure to treat

differently persons in relevantly different situations - is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised. The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (*Burden*, cited above, § 60). The scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject-matter and the background (*Carson and Others*, cited above, § 61).

### 3. Application of the above principles to the facts of the present cases

*omissis*

#### c. The third applicant

102. The Court notes that the third applicant is a Christian, who holds the orthodox Christian view that marriage is the union of one man and one woman for life. She believed that same-sex unions are contrary to God's will and that it would be wrong for her to participate in the creation of an institution equivalent to marriage between a same-sex couple. Because of her refusal to agree to be designated as a registrar of civil partnerships, disciplinary proceedings were brought, culminating in the loss of her job.
103. The third applicant did not complain under Article 9 taken alone, but instead complained that she had suffered discrimination as a result of her Christian beliefs, in breach of Article 14 taken in conjunction with Article 9. For the Court, it is clear that the applicant's objection to participating in the creation of same-sex civil partnerships was directly motivated by her religious beliefs. The events in question fell within the ambit of Article 9 and Article 14 is applicable.
104. The Court considers that the relevant comparator in this case is a registrar with no religious objection to same-sex unions. It agrees with the applicant's contention that the local authority's requirement that all registrars of births, marriages and deaths be designated also as civil partnership registrars had a particularly detrimental impact on her because of her religious beliefs. In order to determine whether the local authority's decision not to make an exception for the applicant and others in her situation amounted to indirect discrimination in breach of Article 14, the Court must consider whether the policy pursued a legitimate aim and was proportionate.
105. The Court of Appeal held in this case that the aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being "an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others". The Court recalls that in its case-law under Article 14 it has held that differences in treatment based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification (see, for example, *Karner v. Austria*, no. 40016/98, § 37, ECHR 2003 IX; *Smith and Grady*, cited above, § 90; *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, § 97, ECHR 2010). It has also held that same-sex couples are in a relevantly similar situation to different-sex couples as regards their need for legal recognition and protection of their relationship, although since practice in this regard is still evolving across Europe, the Contracting States enjoy a wide margin of appreciation as to the way in which this is achieved within the domestic legal order (*Schalk and Kopf*, cited above, §§ 99-108). Against this background, it is evident that the aim pursued by the local authority was legitimate.
106. It remains to be determined whether the means used to pursue this aim were proportionate. The Court takes into account that the consequences for the applicant were serious: given the strength of her religious conviction, she considered that she had no choice but to face disciplinary action rather than be designated a civil partnership registrar and, ultimately, she lost her job. Furthermore, it cannot be said that, when she entered into her contract of employment, the applicant specifically waived her right to manifest her religious belief by objecting to participating in the creation of civil partnerships, since this requirement was introduced by her employer at a later date. On the other hand, however, the local authority's policy aimed to secure the rights of others which are also protected under the Convention. The Court generally allows the national authorities a wide margin of appreciation when it comes to striking a balance between competing Convention rights (see, for example, *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, § 77, ECHR 2007 I). In all the circumstances, the Court does not consider that the national authorities, that is the local authority employer which brought the disciplinary proceedings and also the domestic courts which rejected the applicant's discrimination claim, exceeded the margin of appreciation available to them. It cannot, therefore, be said that there has been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 9 in respect of the third applicant.



**d. The fourth applicant**

107. Mr McFarlane's principal complaint was under Article 9 of the Convention, although he also complained under Article 14 taken in conjunction with Article 9. Employed by a private company with a policy of requiring employees to provide services equally to heterosexual and homosexual couples, he had refused to commit himself to providing psycho-sexual counselling to same-sex couples, which resulted in disciplinary proceedings being brought against him. His complaint of indirect discrimination, *inter alia*, was rejected by the Employment Tribunal and the Employment Appeal Tribunal and he was refused leave to appeal by the Court of Appeal.
108. The Court accepts that Mr McFarlane's objection was directly motivated by his orthodox Christian beliefs about marriage and sexual relationships, and holds that his refusal to undertake to counsel homosexual couples constituted a manifestation of his religion and belief. The State's positive obligation under Article 9 required it to secure his rights under Article 9.
109. It remains to be determined whether the State complied with this positive obligation and in particular whether a fair balance was struck between the competing interests at stake (see paragraph 84 above). In making this assessment, the Court takes into account that the loss of his job was a severe sanction with grave consequences for the applicant. On the other hand, the applicant voluntarily enrolled on Relate's post-graduate training programme in psycho-sexual counselling, knowing that Relate operated an Equal Opportunities Policy and that filtering of clients on the ground of sexual orientation would not be possible (see paragraphs 32 34 above). While the Court does not consider that an individual's decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck (see paragraph 83 above). However, for the Court the most important factor to be taken into account is that the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination. The State authorities therefore benefitted from a wide margin of appreciation in deciding where to strike the balance between Mr McFarlane's right to manifest his religious belief and the employer's interest in securing the rights of others. In all the circumstances, the Court does not consider that this margin of appreciation was exceeded in the present case.
110. In conclusion, the Court does not consider that the refusal by the domestic courts to uphold Mr McFarlane's complaints gave rise to a violation of Article 9, taken alone or in conjunction with Article 14.

*omissis***For these reasons***omissis*

5. *Holds* by five votes to two that there has been no violation of Article 14 taken in conjunction with Article 9 in respect of the third applicant;
6. *Holds* unanimously that there has been no violation of Article 9, taken alone or in conjunction with Article 14, in respect of the fourth applicant;

*omissis*

*Corte di Cassazione, sesta sezione civile***Ordinanza del 19 aprile 2017, n. 9946**

PROTEZIONE INTERNAZIONALE – ORIENTAMENTO SESSUALE – ESISTENZA DI LEGGI PENALI CONTRO GLI OMOSESSUALI – TIMORE DI PERSECUZIONE – SUSSISTENZA – ONERE DELLA PROVA ATTENUATO

Posto che, ai fini della concessione della protezione internazionale, la circostanza per cui l'omosessualità sia considerata un reato nell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza è rilevante, in quanto costituisce una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali ponendoli in una situazione di oggettiva persecuzione, le prove necessarie al fine di accertare l'omosessualità del richiedente, la condizione dei cittadini omosessuali nella società di provenienza e lo stato della relativa legislazione, devono essere acquisite attraverso un onere della prova attenuato.

*Riferimenti normativi:* art. 342 c.p.c.; artt. 3 e 14 del decreto legislativo 251/2007; art.136 n. 2 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

*omissis*

ha pronunciata la seguente

ORDINANZA

*omissis*

**Rilevato che**

1. *omissis*, cittadino pakistano, ha proposto appello avverso la sentenza del Tribunale di Cagliari con la quale era stata rigettata la sua domanda di riconoscimento della protezione internazionale proposta in quanto egli, a causa della sua omosessualità, considerata crimine punibile con la detenzione a vita nel suo paese di origine, si trovava esposto a una condizione di persecuzione e al rischio di una ingiusta detenzione. Ha contestato l'appellante la valutazione del Tribunale secondo cui egli avrebbe riferito nel corso del procedimento circostanze generiche, contraddittorie e inverosimili e ha insistito per il riconoscimento della protezione sussidiaria o in subordine per la concessione di un permesso di soggiorno per motivi umanitari.
2. La Corte di appello di Cagliari, con sentenza n. 174/2016, ha confermato la decisione di primo grado rilevando che l'appellante non aveva censurato analiticamente la motivazione ma aveva contestato solo alcune delle affermazioni del Tribunale circa la non credibilità della sua prospettazione.
3. Ricorre per cassazione ...*omissis*... deducendo violazione e/o falsa applicazione dell'art. 342 c.p.c., degli artt. 3 e 14 del decreto legislativo 251/2007 e dell'art. 136 n. 2 del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c. Secondo il ricorrente la prospettazione del suo orientamento sessuale e la grave criminalizzazione della omosessualità costituiscono un rischio grave e concreto di subire una ingiusta carcerazione al suo rimpatrio forzato e avrebbero dovuto costituire un presupposto sufficiente per la Corte di appello al fine di concedere la richiesta protezione sussidiaria o, comunque, quella umanitaria. Al contrario la Corte di appello si era soffermata, alla stregua di quanto già aveva fatto il Tribunale, su contraddizioni o imprecisioni irrilevanti nel racconto che era stato portato all'attenzione dei giudicanti senza tenere conto dell'onere della prova attenuato ripetutamente affermato dalla giurisprudenza in materia di protezione internazionale. Inoltre il ricorrente lamenta l'ingiustizia della disposta revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio per effetto della pronuncia di inammissibilità dell'appello.

## Ritenuto che

4. Il ricorso è fondato alla luce della giurisprudenza di legittimità (*Cass. civ. sez. VI-1 ordinanza n. 15981 del 20 settembre 2012*) secondo cui ai fini della concessione della protezione internazionale, la circostanza per cui l'omosessualità sia considerata un reato dell'ordinamento giuridico del Paese di provenienza è rilevante, costituendo una grave ingerenza nella vita privata dei cittadini omosessuali, che compromette grandemente la loro libertà personale e li pone in una situazione oggettiva di persecuzione, tale da giustificare la concessione della protezione richiesta; devono, pertanto, essere acquisite le prove, necessarie al fine di acclamare la circostanza della omosessualità del richiedente, la condizione dei cittadini omosessuali nella società del Paese di provenienza e lo stato della relativa legislazione, nel rispetto del criterio direttivo della normativa comunitaria e italiana in materia di istruzione ed esame delle domande di protezione internazionale.
5. Il ricorso va pertanto accolto con conseguente cassazione della sentenza impugnata e rinvio alla Corte di appello di Cagliari che in diversa composizione deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

## P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso. Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di appello di Cagliari che, in diversa composizione, deciderà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 marzo 2017.

*Il Presidente*  
Massimo Dogliotti

*Corte di Appello di Milano, quinta sezione delle persone, dei minori e della famiglia***Sentenza del 9 febbraio 2017**

**COPPIA DELLO STESSO SESSO – ADOZIONE COPARENTALE (STEPCHILD ADOPTION) – ADOZIONE IN CASI PARTICOLARI EX ART. 44 LETT. D – AMMISSIBILITÀ**

L'ipotesi di adozione in casi particolari ex art. 44 lett. D della Legge 4 maggio 1983, n. 184 può trovare applicazione anche in caso di impossibilità giuridica di affidamento preadottivo per non essere il minore dichiarato in stato di abbandono sussistendo un genitore biologico che ne ha cura; la norma può pertanto trovare applicazione anche nel caso in cui sussista l'interesse concreto del minore al riconoscimento del rapporto genitoriale di fatto instauratosi con l'altra figura genitoriale sociale, seppure dello stesso sesso; la disposizione di cui all'art. 1, comma 20 della Legge n. 76 del 2016, ove dispone che "resta fermo quanto stabilito e consentito" in materia di adozione contiene un espresso riferimento all'interpretazione evolutiva già indicata dalla giurisprudenza.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO  
SEZIONE PERSONE MINORI E FAMIGLIA

composto dai signori Magistrati:

Maria Cristina Canziani	Presidente
Maria Grazia Domanico	Consigliere rel.
Caterina Interlandi	Consigliere
Paola Orofino	Consigliere onorario
Cosimo Parisi	Consigliere onorario

ha pronunciato la seguente

## **Sentenza**

nelle cause riunite iscritte ai numeri di ruolo generale sopra indicati, discusse in Camera di Consiglio all'udienza collegiale del 9 febbraio 2017, promosse con atti di appello depositati il 21.11.2016 da:

XXXX, nata a xxx il xx1971 e YYYY, nata a xxx il xx1974 entrambe rappresentate e difese congiuntamente e disgiuntamente dagli avv.ti Alessandra Rossari e Luca Baldoni presso il cui studio in Milano via Galileo Galilei 7 sono elettivamente domiciliate

**APPELLANTI**

avverso la sentenza n. 261/2016 del Tribunale per i Minorenni di Milano, emessa il 13.9.2016 e depositata il 17.10.2016, che ha respinto i ricorsi con cui: XXXX chiedeva l'adozione ai sensi dell'art. 44 lettera d) l. 184/83 di AAAA, nata a xxx il xx2011; YYYY chiedeva l'adozione ai sensi dell'art. 44 lettera d) l. 184/83 di BBBB, nata a xxx il xxx2012

CON L'INTERVENTO DEL P.G., in persona della dott.ssa Mariagrazia Omboni

**OGGETTO:** Appello avverso sentenza del Tribunale per i Minorenni di Milano di rigetto dei ricorsi per adozione in casi particolari ex art. 44 lettera D L. 184/1983



## Conclusioni

PER L'INTERVENUTO P.G.: esprime parere favorevole all'accoglimento dei ricorsi.

PER PARTE APPELLANTE XXXX: Voglia l'ecc.ma Corte d'Appello, in riforma della sentenza n. 261/16 del Tribunale per i Minorenni di Milano depositata in data 17.10.2016 e notificata il 22.10.2016: pronunciare l'adozione a norma dell'art. 44 lettera D L. 184/1983 della minore AAAA, nata il xxx 2011 a xx, residente in xxxxx, figlia di YYYY, nata a xx il xx1974, residente in xxx

PER PARTE APPELLANTE YYYY: Voglia l'ecc.ma Corte d'Appello, in riforma della sentenza n. 261/16 del Tribunale per i Minorenni di Milano depositata in data 17.10.2016 e notificata il 22.10.2016: pronunciare l'adozione a norma dell'art. 44 lettera D L. 184/1983 della minore BBBB, nata il xxx a xx, residente in xxx, figlia di XXXX, nata a xx il xx1971, residente in xxx

## Svolgimento del processo e motivi della decisione

- Con due ricorsi al Tribunale per i Minorenni di Milano depositati il 3.4.2015 YYYY e XXXX formulavano ciascuna domanda di adozione della figlia biologica dell'altra ai sensi dell'art. 44 lettera D) della legge 184 del 1983. In particolare, YYYY chiedeva di poter adottare BBBB, nata il xx2012, e XXXX chiedeva di poter adottare AAAA, nata il xx2011. Le richieste di adozione c.d. incrociata davano luogo a due procedimenti che venivano riuniti. Le ricorrenti ripercorrevano la loro storia affettiva e le più importanti scelte condivise nel corso della loro vita in comune, producendo documentazione a supporto delle proprie affermazioni (n. 66 documenti) ed esponendo:
  - di essersi incontrate nel settembre 2001 presso la società ove entrambe lavoravano e di aver intrapreso una stabile relazione affettiva dal settembre 2002, andando a convivere nel giugno 2005 nell'appartamento di proprietà di XXXX ma progettato e arredato da entrambe;
  - nel 2003 XXXX aveva intrapreso una attività lavorativa in proprio e anche YYYY aveva cambiato diverse volte attività lavorativa e nei momenti di difficoltà o importanti cambiamenti entrambe si erano sempre molto sostenute, anche economicamente, sussistendo tra loro un profondo legame;
  - assieme avevano maturato un progetto di genitorialità condivisa e nel marzo 2010 si erano recate a Bruxelles ove, in una clinica ospedaliera, avevano ricevuto informazioni e assistenza medica;
  - assieme avevano deciso che YYYY sarebbe stata la madre biologica mentre XXXX sarebbe stata l'altra figura di riferimento co-genitoriale;
  - la richiesta di inseminazione artificiale era stata sottoscritta da entrambe e assieme avevano sottoscritto tutti i documenti necessari, partecipando entrambe a tutte le spese;
  - in accordo tra loro avevano deciso di conservare presso la Clinica di Bruxelles il seme dello stesso donatore per tre anni in quanto era desiderio comune che XXXX potesse in futuro sottoporsi a fecondazione assistita con seme proveniente dal medesimo donatore;
  - il 2.5.2010 YYYY era stata sottoposta alla tecnica della inseminazione artificiale e l'esito era stato subito positivo;
  - la gestazione era stata seguita da entrambe (visite di controllo, corso pre-parto) e assieme avevano scelto il nome della bambina, AAAA, nome della nonna di XXXX;
  - XXXX aveva accompagnato YYYY al parto ed era sempre stata presente, essendo autorizzata ad entrare nella Nursery; ogni scelta successiva relativa alla bambina era stata sempre condivisa;
  - tutta la famiglia allargata partecipava alla vita del nucleo familiare YYYY - XXXX, condividendo vacanze e partecipando alla crescita di AAAA;
  - il 3.10.2011 anche XXXX si sottoponeva alla tecnica di inseminazione artificiale e l'esito della stessa era immediatamente positivo; anche in questo caso la maternità di XXXX veniva condivisa da YYYY e anche dalle rispettive famiglie di origine e il 15.6.2012 nasceva BBBB;
  - le ricorrenti e le bambine erano iscritte nel medesimo stato di famiglia e XXXX e YYYY, con ruoli interscambiabili, si occupavano della crescita e dell'educazione delle figlie, anche con il supporto delle rispettive famiglie di origine;
  - a ottobre 2012 XXXX e YYYY si iscrivevano nel registro delle unioni civili di Milano;
  - le scelte lavorative di XXXX e YYYY venivano tra loro condivise anche in funzione del miglior accudimento delle figlie;
  - nell'ambiente sociale, medico e scolastico il nucleo familiare - costituito da XXXX, YYYY, AAAA e BBBB - veniva sempre senza problemi riconosciuto e considerato come tale, sotto tutti i profili: ad esempio, iscrivendo alla scuola dell'infanzia BBBB, le ricorrenti avevano usufruito di un punteg-

gio più alto determinato dalla presenza della sorella (figlio di convivente) nella medesima scuola; viceversa le ricorrenti avevano presentato il reddito familiare e non personale, con conseguente rinuncia ai benefici offerti ai genitori single; anche nelle attività sportive le bambine usufruivano dello sconto riconosciuto ai fratelli, e così via.

Le ricorrenti evidenziavano quindi come la loro famiglia fosse stata voluta e progettata sin dall'inizio con una volontà piena di condivisione di diritti e doveri. Rappresentavano anche la loro intenzione di contrarre matrimonio in Spagna, dichiarando di voler solo attendere una età maggiore delle figlie per consentire loro di partecipare con più consapevolezza all'evento. Evidenziavano che il 14.3.2011 era stata predisposta da entrambe, avanti al notaio, la nomina reciproca di amministratore di sostegno; il 14.11.2011 avevano stipulato una scrittura privata nella quale davano atto della loro unione e della loro adesione ad un progetto di genitorialità condivisa e disciplinavano i loro rapporti economici e personali sia nel corso della propria convivenza e vita familiare sia in caso di cessazione del rapporto, a causa della morte di una delle due o per separazione, con particolare riferimento ai diritti e obblighi reciproci nei confronti della loro figlia AAAA, scrittura poi integrata dopo la nascita di BBBB; in data 15.2.2015 veniva redatto da entrambe un testamento olografo con le rispettive disposizioni. Le ricorrenti richiedevano quindi l'accoglimento delle rispettive richieste di adozione evidenziando, anche in diritto, quanto segue:

- il nucleo familiare, composto da YYYY, XXXX e dalle figlie AAAA e BBBB, è perfettamente inserito nel contesto sociale in cui vivono e crescono le bambine, da tutti considerate inserite in una famiglia vera e propria. Tutti i soggetti che interagiscono con il nucleo familiare a livello istituzionale, amicale e familiare si esprimono infatti in tal senso, come dimostrato anche dalla relativa documentazione prodotta, con particolare riferimento alle numerose dichiarazioni testimoniali;
- il combinato disposto degli artt. 7 e 44 della legge 184/83 prevede che, nell'interesse superiore del minore, salvo le fattispecie tipiche di adozione, la domanda possa essere proposta anche nei cosiddetti casi particolari che mirano a facilitare il procedimento di adozione ampliando il novero dei soggetti legittimati a diventare genitori adottivi e semplificando le procedure;
- in particolare l'art. 44 prevede che i minori possano essere adottati anche quando non ricorrano le condizioni di cui al primo comma dell'art. 7 (ovvero minori dichiarati in stato di adottabilità): A) da persone unite da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo quando il minore sia orfano di padre e di madre; B) dal coniuge se il minore sia figlio anche adottivo dell'altro coniuge; C) se il minore si trovi nelle condizioni indicate dall'art. 3 comma 1 legge 5.2.1992 n. 104 e sia orfano di padre e di madre; D) quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo. Il comma 3 specifica che nei casi di cui alle lettere A), C) e D) l'adozione è consentita anche a chi non è coniugato. L'adozione in casi particolari ha quindi lo scopo di favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso. Il parametro di interpretazione è il preminente interesse del minore; infatti l'art. 57 impone al Tribunale di verificare se l'adozione ex art. 44 realizzi il preminente interesse del minore. Per questo l'art. 44 richiede un iter procedurale meno rigoroso rispetto all'adozione legittimante e che consenta l'adozione proprio in quei casi in cui non sarebbe possibile secondo gli schemi ordinari;
- l'art. 44 lettera D) non richiede che vi sia una situazione di abbandono; infatti l'interpretazione dell'espressione impossibilità di affidamento preadottivo ha subito nel tempo una evoluzione, essendo stata la predetta espressione interpretata dalla giurisprudenza come impossibilità non solo di fatto ma anche di diritto. Una interpretazione restrittiva avrebbe infatti impedito di perseguire il superiore interesse del minore, come ad esempio nelle situazioni in cui il figlio di una persona convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura con il proprio genitore, caso in cui lo stesso Tribunale per i Minorenni di Milano, già n 2007, aveva disposto l'adozione ai sensi dell'art. 44 lettera D di un minore figlio del convivente;
- il riconoscimento della possibilità di adozione ex art. 44 lettera D) del minore da parte del convivente in coppia omosessuale è poi già avvenuto da parte del Tribunale per i Minorenni di Roma che ha, tra l'altro, osservato come il convincimento secondo cui l'adozione dovrebbe rispettare il modello dominante della famiglia tradizionale unita dal vincolo del matrimonio aveva già subito un ridimensionamento con la sentenza della Corte Costituzionale n. 145 del 1969 che evidenziava che ciò che occorre valutare in via prioritaria è l'interesse del minore, considerando soprattutto le situazioni caratterizzate dalla preesistenza di legami affettivi tra i soggetti dell'instaurando rapporto adottivo, giacché la famiglia deve possedere i caratteri dell'adeguatezza, da individuarsi in concreto sulla base dell'interesse del minore, tanto più che negli anni si è sempre più affievolito il divario tra il vincolo matrimoniale, non più caratterizzato dalla indissolubilità, e le stabili convivenze;
- l'art. 44 lettera D) non prevede una relazione di coniugio tra i soggetti chiamati ad esercitare il ruolo genitoriale, a differenza di quanto previsto dalle altre lettere della medesima norma, mentre

è richiesta una stabile relazione sotto il profilo affettivo, educativo e materiale; tale circostanza può dunque verificarsi anche nel caso di coppie omosessuali;

- una diversa interpretazione sarebbe contraria al dato testuale nonché alla Costituzione e ai principi di cui alla Convenzione Europea sui Diritti Umani e Libertà Fondamentali;
- l'unione omosessuale è riconosciuta e valorizzata anche dalla sentenza n. 138 del 2010 della Corte Costituzionale;
- la sentenza 299/2014 del Tribunale per i Minorenni di Roma ha infine richiamato una sentenza della Corte EDU (Grande Camera 19.2.2013, x e altri contro Austria) che ha trattato un caso simile a quello in esame, ove due donne, unite da una stabile relazione omosessuale, lamentavano il rigetto della richiesta avanzata da una di loro di adottare il figlio dell'altra senza la rottura del legame giuridico tra la madre biologica e la figlia (adozione co-genitoriale); la Corte *"...osservando innanzi tutto che in Austria, diversamente che in altri Paesi europei, non è consentito il matrimonio tra coppie omosessuali, richiamando l'articolo 3, par. 1 della Convenzione dei Diritti del Fanciullo di New York in base al quale il canone da tenere in maggiore considerazione è costituito dal miglior interesse del minore, ha ritenuto discriminatoria, per violazione dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo ottavo della CEDU la legge austriaca che non consente l'adozione in tali casi, concessa invece alle coppie di fatto eterosessuali. I giudici austriaci, ha sostenuto la Corte, non sono stati messi in grado di esaminare nel merito la domanda di adozione onde valutare se quanto richiesto corrispondesse o meno all'interesse effettivo del minore, dal momento che l'accoglimento delle domanda era, comunque, giuridicamente possibile."*

Le ricorrenti concludevano evidenziando come l'impossibilità menzionata nell'art. 44 lettera D) non possa essere considerata solo quella fattuale, dovendo essere ricomprese anche tutte le fattispecie in cui detta impossibilità abbia natura giuridica, come nel caso di specie. Infatti tra le condizioni richieste dalla norma non vi è alcuna menzione dello stato di abbandono del minore che quindi non può essere ritenuto una condizione della adottabilità. Nella norma neppure è fatta menzione di un rapporto di coniugio che legghi tra loro gli adottanti ovvero l'adottante e il genitore del minore. La valutazione deve quindi solo concentrarsi sulla esistenza di un rapporto stabile e duraturo sotto il profilo affettivo, educativo e materiale. L'orientamento sessuale dell'adottante o del genitore dell'adottando non può costituire alcuna limitazione. L'unico elemento che deve essere valutato è esclusivamente il preminente interesse del minore che, pur non essendo in stato di abbandono, può giovare di una maggiore tutela ove sia riconosciuto, anche giuridicamente, un continuativo rapporto con un soggetto adulto, inserito in uno stabile contesto familiare, a prescindere dalla contrazione di matrimonio tra i genitori o dal loro orientamento sessuale.

2. Il Tribunale per i Minorenni di Milano disponeva indagini e in data 1.2.2016 pervenivano due relazioni conclusive predisposta dal Servizio Adozioni della ATS Milano. Nelle relazioni si dava anzitutto atto che YYYY e XXXX avevano presentato ricorsi per adottare l'una la figlia biologica dell'altra dal momento che le bambine erano nate nell'ambito di un progetto di cogenitorialità concordato all'interno della loro unione, adozione voluta da entrambe per un riconoscimento giuridico e tutelante del rapporto in essere con le figlie. Gli operatori ripercorrevano la storia personale di XXXX e YYYY e delle rispettive famiglie di origine, la storia del loro incontro nel 2001 e l'inizio della convivenza nel 2005, concludendo che *"il legame affettivo tra xx e yy appare solido e improntato al rispetto reciproco, all'interno del quale le esperienze di vita individuali e le caratteristiche personali di ciascuna sembrano aver trovato adeguata e soddisfacente realizzazione. L'una per l'altra costituisce un punto di riferimento sicuro e affidabile e la complementarietà di tratti caratteriali e temperamenti paiono funzionali alla dinamica relazionale, riconoscendo le loro caratteristiche e consapevoli dei loro limiti...le modalità decisionali sono improntate al dialogo, al confronto e alla mediazione."*

Gli operatori riferivano quindi in merito al percorso di genitorialità condiviso e alla nascita delle due figlie, evidenziando come i ruoli genitoriali fossero stati svolti da XXXX e YYYY alternandosi o in condivisione, nel rispetto delle differenti predisposizioni o competenze e con differenti carichi legati alle contingenti esigenze lavorative. Utilizzando le favole erano sempre stati fatti alle bambine racconti della loro storia, avendo come riferimento *"il grande grosso libro delle famiglie"*, che descrive tutte le varietà di famiglie che si incontrano nella società. Evidenziavano quindi come le madri fossero ben consapevoli e attente ad ogni reazione delle bambine per cogliere eventuali segnali di disagio e fossero pronte ad affrontare, anche con aiuto di altri, eventuali problematiche via via emergenti. Mai si erano riscontrati episodi di discriminazione nella scuola o nel contrasto sociale. Ritenendo che i pregiudizi nascano dalla mancata conoscenza delle persone, XXXX e YYYY avevano sempre manifestato apertamente la loro scelta omogenitoriale, trovandone conferma nella piena accettazione da parte degli altri in tutti i contesti, ad esempio partecipando attivamente alla vita scolastica, ove, tra l'altro, YYYY era stata eletta rappresentante dei genitori nella classe di BBBB. YYYY e XXXX erano apparse consapevoli di dover assumere un ruolo, per così dire, facilitatore tra le figlie e il contesto esterno, facendo conoscere la loro realtà e affrontando eventuali problematiche per agevolare il confronto e l'inserimento sociale. Venivano quindi descritte le due minori, AAAA e BBBB, e loro modalità relazionali anche con gli operatori che evidenziavano come le bambine fossero apparse *"...serene e a loro agio nell'ambiente e nelle interazioni, con*

*capacità cognitive adeguate rispetto alle tappe di sviluppo proprie dell'età e un processo evolutivo congruo. Differenziate fra loro, ciascuna appare in grado di muoversi secondo i suoi interessi in autonomia rispetto alla sorella, nelle interazioni fra loro AAAA assume un ruolo di stimolo mentre BBBB è più imitativa, coerentemente con la loro età.".* Veniva infine evidenziata una buona alleanza genitoriale tra YYYY e XXXX, con condivisione dell'esercizio quotidiano delle funzioni di cura, entrambe considerando le minori come figlie in modo paritario; le bambine, da parte loro, riconoscevano sia XXXX che YYYY come riferimenti genitoriali, chiamandole entrambe "mamma" e quando erano assieme utilizzando sempre il termine 'mamma' seguito dal nome di ciascuna. Il contesto di vita creato sembrava soddisfare le esigenze di crescita delle minori, che vivevano con normalità la famiglia di appartenenza. Le riflessioni sulle differenze con altri contesti familiari venivano adeguatamente affrontate da XXXX e YYYY che possedevano *"le capacità per rendere ragione della particolarità della loro costellazione familiare e per comprendere e gestire la varietà di emozioni che il confronto con tale modello potrà comportare ..."*.

In conclusione, emergevano capacità e competenze genitoriali particolarmente elevate.

3. In data 11.4.2016 le ricorrenti venivano sentite dal giudice delegato e richiamaavano le ragioni poste a fondamento del proprio ricorso. Evidenziavano in particolare ragioni di tutela delle minori di natura giuridica ed economica, evidenti in caso di premorienza di una delle mamme o di entrambe. Osservavano come fosse nell'interesse delle minori che non fossero separate, che potessero ereditare in egual misura, che per gli aspetti scolastici o sanitari potesse essere manifestato il consenso da entrambe le ricorrenti, che le minori portassero gli stessi cognomi, che si potessero regolare le statuizioni per le minori in caso di disaccordo tra loro. La scelta dello stesso donatore era proprio finalizzata a far sentire alle minori un legame di appartenenza, essendo tra loro sorelle. Riportavano che le figlie sentivano la loro diversità maggiormente rispetto a famiglie monogenitoriali o di genitori separati che rispetto a famiglie eterosessuali.
4. In data 7.7.2016 il Pubblico Ministero presso il Tribunale per i Minorenni esprimeva un motivato parere, favorevole all'accoglimento di entrambi i ricorsi. Richiamate le sentenze n. 299/14 del Tribunale per i Minorenni di Roma, confermata dalla Corte di Appello n. 7127/15, e della Suprema Corte di Cassazione n. 12962/2016, il P.M. evidenziava che l'art. 44 lettera D) consente l'adozione, anche da parte di chi non sia coniugato, nell'ipotesi in cui sia constatata l'impossibilità di affidamento preadottivo, che va intesa sia come impossibilità di fatto ma anche come impossibilità di diritto, ricomprendente quest'ultima tutte le ipotesi nelle quali il minore non si trovi in stato di abbandono e quindi non si possa dichiarare il suo stato di adottabilità. L'esame testuale della norma consente infatti di ritenere che l'adozione in casi particolari possa essere dichiarata a prescindere dalla sussistenza di una situazione di abbandono del minore, atteso che il primo comma dell'art. 44 stabilisce che l'accertamento di una situazione di abbandono non costituisce, diversamente dall'adozione legittimante, una condizione necessaria per l'adozione in casi particolari. Anche il primo comma dell'art. 11 prevede che sia dichiarato adottabile il minore orfano privo di parenti entro il quarto grado, salvo che esistano istanze ex art. 44, desumendosi da ciò che ai fini della proposizione delle istanze ex art. 44 non occorra la dichiarazione di adottabilità. Il P.M. osservava quindi come la predetta interpretazione della locuzione *impossibilità di affidamento preadottivo* oltre che sostenuta dal dato letterale *"...appare coerente con i più recenti interventi legislativi di riforma della filiazione e con la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani, incentrati sulla necessità di tutelare l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatisi con altri soggetti che se ne prendano cura. Infatti anche a livello di giurisprudenza europea si sta sempre più affermando il principio di conservazione del legame affettivo che si sia consolidato in un nucleo familiare, sia esso di tipo tradizionale sia comunque omologabile per la qualità delle relazioni, a prescindere dalla corrispondenza con rapporti giuridicamente riconosciuti"*.

Riteneva quindi che nel caso in esame sussistessero i presupposti per procedere alle adozioni richieste, senza che possa aver rilievo l'orientamento sessuale delle ricorrenti e il tipo di relazione tra le stesse intercorrente, giacché in tal caso vi sarebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alle coppie eterosessuali. Il P.M. richiamaava quindi la sentenza della Suprema Corte n. 601/2013 laddove evidenziava che *"non vi sono evidenze scientifiche dotate di un adeguato margine di certezza in ordine alla configurabilità di eventuali pregiudizi per il minore derivanti da omogenitorialità"*. Concludeva quindi che doveva rilevarsi l'impossibilità di affidamento preadottivo dal momento che le minori non si trovavano in stato di abbandono; che vi era il consenso all'adozione da parte del genitore naturale; che l'interesse preminente delle minori era quello del riconoscimento giuridico di un legame affettivo per loro rilevante, come le indagini avevano accertato, essendosi creata una stabile e profonda relazione delle minori con le ricorrenti; che erano state accertate altresì adeguate capacità genitoriali da parte delle richiedenti.

5. Con sentenza emessa il 13.9.2016, depositata il 17.10.2016, il Tribunale per i Minorenni di Milano ha rigettato i ricorsi ritenendo *"non sussistenti, in fatto, i presupposti di cui all'art. 44 lett. D) legge 184/83"*, norma che, nel richiedere che vi sia una *"constatata impossibilità di affidamento preadottivo"* e, quindi, una impossibilità di procedere alla adozione legittimante nonostante sussista una situazione di abbandono, presuppone un accertamento in fatto. In sintesi l'iter argomentativo del Tribunale per i Minorenni è il seguente. Dopo aver premesso che la legislazione italiana conosce due forme di adozione, una a favore



di minori di cui sia accertato lo stato di abbandono e che siano dichiarati adottabili (adozione c.d. legittimante, che è consentita solo a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni) e l'altra c.d. in casi particolari, disciplinata dall'art. 44 L. 184/83 (che prevede quattro ipotesi in cui i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le ipotesi di cui all'art. 7 c. 1, ovvero la dichiarazione dello stato di adottabilità), il Tribunale per i Minorenni evidenzia che *"l'impianto dell'adozione c.d. 'in casi particolari' disciplinato dalla L. 184/83 aveva come obiettivo, riconosciuto nei lavori preparatori e sempre richiamato da dottrina e giurisprudenza, quanto alla ipotesi di cui alla lettera b) di rafforzare legami di fatto esistenti nell'ambito di una nuova unità familiare e, quanto alle altre ipotesi, di evitare a minori per i quali non fosse possibile l'adozione legittimante, una prolungata istituzionalizzazione"*. Per l'adozione ex art. 44 è previsto l'assenso dei genitori o del coniuge dell'adottante (art. 46); il rapporto adottivo rimane circoscritto all'adottante non estendendosi alla famiglia allargata; solo l'adottato acquista diritti ereditari verso l'adottante; l'adottato assume il cognome dell'adottante antepoendolo al proprio. Nella fattispecie in esame le minori non sono in stato di abbandono materiale o morale e dunque si tratta di valutare se tale caso possa rientrare o meno nella ipotesi sub d) dell'art. 44 che prevede la possibilità di adozione *quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo*. Prima di dare risposta negativa a tale interrogativo il Tribunale per i Minorenni ripercorre le argomentazioni poste a sostegno dell'orientamento definito 'tradizionale' (in relazione al quale non vengono indicate pronunzie giurisprudenziali) e dell'orientamento c.d. 'estensivo' (in relazione al quale richiama Tribunale per i Minorenni di Milano 28.3.2007, Corte di Appello Firenze 4.10.2012 n. 1724, Tribunale per i Minorenni di Roma 30.6.2014 n. 429/14 e Corte di Cassazione 12692/16). Nella sentenza impugnata si legge quindi che quest'ultima interpretazione non corrisponderebbe alla lettera della norma né alla ratio dell'istituto. Per sostenere ciò il Tribunale per i Minorenni argomenta come segue.

- la sentenza della Corte Costituzionale 198/1986, che aveva parificato l'ipotesi del figlio di genitori coniugati al tempo dell'adozione ma poi divorziati a quella dell'art. 25 L. 184/83, valorizzando il rapporto di fatto instauratosi nel tempo con entrambi i genitori adottivi, ha trattato un caso non inerente alle situazioni di cui all'art. 44 e quindi, pur richiamato dal tribunale per i Minorenni di Roma, non sarebbe a supporto della interpretazione estensiva;
- la sentenza della Corte Costituzionale n. 383/1999 aveva offerto una possibilità interpretativa dell'art. 44 che non comportasse disparità di trattamento, nel caso in cui, a parere dei giudici remittenti, l'art. 44 lettera a) non consentirebbe l'adozione di minori da parte di parenti entro il quarto grado (attualmente la legge prevede fino al sesto grado) che avessero mantenuto con loro rapporti significativi, nel caso in cui i genitori del minore non fossero deceduti bensì dichiarati decaduti dalla potestà (ora responsabilità) genitoriale, ovvero nel caso in cui il minore fosse orfano di un solo genitore e vi fosse il consenso del genitore superstite. La Corte Costituzionale aveva affermato che *"l'art. 44 si sostanzia in una clausola residuale per casi speciali non inquadrabili nella disciplina della adozione legittimante, consentendo comunque l'adozione 'anche quando non ricorrono le condizioni dell'art. 7'. In questa valvola di apertura la lettera c (ora lett. d) fornisce una ulteriore 'valvola' per i casi che non rientrano in quelli più specifici previsti dalle lettere a e b. L'adozione ex art. 44 - continua la Corte - non recide i legami con la famiglia di origine ma offre al minore la possibilità di rimanere nella famiglia che lo ha accolto, formalizzando il rapporto affettivo instauratosi con determinati soggetti che si stanno occupando effettivamente di lui; parenti o persone con cui hanno rapporti stabili e duraturi preesistenti alla perdita dei genitori, ovvero il nuovo coniuge del genitore."* La Corte Costituzionale aveva quindi fornito una interpretazione dell'art. 44 lettera c) (ora d) tendente a superare il profilo di illegittimità della lettera a) denunciato, chiarendo che l'art. 44 lettera c) (ora d) non esige la dichiarazione dello stato di adottabilità, né che fosse concretamente tentato l'esperimento dell'affidamento preadottivo e ne fosse constatata l'impossibilità, quando il minore fosse chiesto in adozione da parenti entro il quarto grado idonei a fornirgli l'assistenza morale e materiale di cui avesse bisogno. Riportati quindi ampi stralci della motivazione della Corte Costituzionale, per il Tribunale per i Minorenni *"...appare evidente tuttavia che tale pronuncia non ha genericamente esteso l'adozione di cui all'art. 44 lettera d) a tutti i casi in cui non è esperibile l'adozione legittimante. Non si comprende in tal caso perché il legislatore avrebbe indicato casi specifici e numerati."* Osserva quindi che le casistiche previste dalla norma *"sono unificate solo dall'assenza dei presupposti dell'adozione legittimante di cui all'art. 7 che in ogni fattispecie, però sono diversi"*. Il Tribunale evidenzia poi che, nel caso della lettera a) il legislatore ha voluto consentire un percorso adottivo che preservi la continuità dei legami pur in una situazione di abbandono (morte dei genitori) così come nel caso della lettera d) potrebbe sussistere una situazione di abbandono ma potrebbe essere stato inutilmente esperito il tentativo di trovare una coppia idonea e a questo punto il legislatore ha ritenuto opportuno consentire l'adozione a chi si è già occupato del minore. *"Come nella ipotesi considerata dalla Corte Costituzionale - si legge nella sentenza impugnata - proprio per la premessa contenuta nell'art. 44, potrebbe anche non sussistere una situazione di abbandono nel senso indicato dall'art. 7 quando ad es. il minore fosse privo per motivi diversi da quelli indicati nella lettera a) di figure genitoriali idonee (genitori decaduti dalla responsabilità genitoriale, orfano di un solo genitore e l'altro*



decaduto o aderente all'istanza di adozione) ma accudito da parenti entro il quarto grado che ben potrebbero adottarlo ex art. 44 lettera d) senza che vi sia necessità di dichiarare l'adottabilità e esperire un tentativo di affidamento preadottivo. Occorre conseguentemente condividere la conclusione per cui l'ipotesi di cui alla lettera c) (ora lettera d) si riferisce a casi che non richiedano necessariamente la dichiarazione di adottabilità o l'esperimento dell'affidamento preadottivo di cui all'art. 7, nel senso chiarito dalla Corte. E' importante però evidenziare che anche i casi considerati dalla Corte Costituzionale riguardano sempre situazioni in cui il minore è sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo a sostenere la sua crescita, benché inserito in un contesto di legami parentali o affettivi che vengono preferiti come aspiranti genitori adottivi rispetto alla coppia scelta dal Tribunale...".

- La giurisprudenza di merito ha esteso l'ipotesi di cui all'art. 44 lettera d) ai casi di c.d. semiabbandono permanente, ovvero casi in cui *"la famiglia del minore risulti sostanzialmente insufficiente a garantire i suoi bisogni, pur mantenendo un ruolo affettivo che non è opportuno cancellare definitivamente... In tutti questi casi, non potendosi pronunciare, in difetto di situazione di abbandono morale e materiale del minore, la dichiarazione di adottabilità, si potrà far luogo ad una adozione definita 'mite' ai sensi dell'art. 44 lett. d) che non recide appunto i legami con la famiglia d'origine... vale la pena sottolineare che anche questo orientamento si era mosso nella prospettiva di valutare la mancanza delle condizioni di cui all'art. 7 in termini diversi da quelli prospettati dalla cd 'impossibilità giuridica' e sempre in relazione ad una sostanziale abdicazione dall'esercizio di una sufficiente responsabilità genitoriale e comunque ha dato luogo all'adozione da parte della coppia di affidatari coniugati."*
- Le ipotesi di cui all'art. 44 lettere a), c) e d) si riferiscono tutte a situazioni che hanno alla base l'abbandono o gravi carenze delle figure genitoriali che determinano il grave rischio per il minore di non poter essere inserito in un contesto ove possa legarsi a soggetti idonei a sopperire a tale mancanza, situazioni individuate nei lavori preparatori della legge come quelle di *"bambini di difficile collocazione"*.
- La Corte di Cassazione, con sentenza n. 22292 del 27.9.2013 ha delimitato l'estensione dell'art. 44 lett. d) in ipotesi di minore dichiarata adottabile dopo un lungo periodo di permanenza in una famiglia affidataria, dichiarando inammissibile la domanda ex art. 44 lett. d) che presupponeva l'impossibilità di affidamento preadottivo, precisando che le ipotesi di cui all'art. 44 sono tassative e quindi non suscettibili di interpretazione estensiva e analogica. Tale pronuncia della Suprema Corte viene richiamata dal Tribunale per i Minorenni *"per ribadire come un orientamento estensivo non risulti in verità radicato nella giurisprudenza di merito o di legittimità"*.
- Il termine 'impossibilità giuridica' è molto generico e suscettibile di applicazione indiscriminata a tutti i casi di impossibilità ad accedere all'adozione legittimante;
- il caso di specie si configura in realtà come un caso di adozione ex art. 44 lettera b) in cui manca però il presupposto per legge imprescindibile del rapporto di coniugio tra il ricorrente e il genitore biologico del minore; per superare tale ostacolo non è possibile accedere ad una interpretazione della lettera d) estendendo la possibilità dell'adozione relativa ai casi di impossibilità di affidamento preadottivo ad ogni ipotesi di impossibilità anche giuridica di ricorrere alla adozione legittimante e quindi alla sola valutazione dell'interesse del minore.
- Lo *status familiae* è disciplina separata dallo status filiationis, pur riconoscendo che la personalità di un soggetto si sviluppa comunque nel contesto di legami anche familiari. Non è sancito un diritto del genitore all'adozione, principio che è di rilevanza fondamentale sia per valutare il limite della discrezionalità legislativa in materia sia come principio interpretativo. Nell'ordinamento italiano l'adozione legittimante è prevista solo per i coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni e solo nei casi particolari di cui all'art. 44 lett. a), c) e d) è estesa anche a chi non è coniugato.
- La situazione dei figli biologici di persone conviventi è stata pienamente equiparata a quella dei figli legittimi. *"...Nel caso di un rapporto tra un minore e due persone che non sono genitori biologici ovvero del rapporto di fatto tra una persona e il figlio biologico di un'altra persona, non esiste una norma che consenta direttamente la possibilità di attribuire lo status filiationis. Si tratta di un rapporto di filiazione che deve costituirsi tra un minore e soggetti che non sono a lui legati da filiazione biologica. Pertanto il legislatore ha individuato come norma di 'sistema' quella relativa allo 'status' di coniuge al fine di giustificare la possibile attribuzione al minore di uno 'status' di figlio altrimenti priva di una norma giuridica di riferimento, ed è una scelta delle parti non accedere a tale istituto senza che possa individuarsi una carenza normativa nella tutela del minore. L'adozione è un istituto giuridico che prescinde dal dato biologico e richiede, quindi, un modello giuridico di riferimento (che invece già esiste per la filiazione biologica) per sancirne la disciplina. Per cambiare il modello di riferimento occorre inevitabilmente la scelta del legislatore perché altrimenti si opererebbe una indebita intromissione in un ambito di discrezionalità legislativa. Il riferimento al matrimonio è il quadro normativo di tutela massima per il minore adottato tanto è vero che nelle legislazioni in cui si è ampliata la possibilità di adottare ad altre forme di convivenza, nella quasi totalità dei Paesi si è cercato di individuare una disciplina delle convivenze che potesse, appunto, costituire un modello giuridico di riferimento.... Il legislatore ha espressamente stabilito che l'adozione ex art. 44 è permessa anche a chi non è coniugato nei casi di*

cui alla lettera a) c) e d) proprio per sopperire alla mancanza o inidoneità permanente anche se non completa, della famiglia di origine, mentre nel caso di cui all'art. 44 lett b) in presenza di un genitore idoneo non vi era motivo per discostarsi dalle norme generali disciplinanti l'adozione. La 'ratio' delle due forme di adozione è quella di assicurare al minore una adeguata famiglia sia essa quella di origine o quella sostitutiva. Il fatto che esistano, in concreto, coppie conviventi concretamente più unite rispetto a 'volatili' matrimoni, pare una valutazione che non rileva per valutare la ragionevolezza della diversa disciplina giuridica volta a individuare presupposti fondati su comune esperienza... Il legislatore per istituire lo 'status' di figlio tra il minore e un adulto legato da un vincolo affettivo (e non biologico) ha richiesto una garanzia maggiore e cioè la presenza di un vincolo di coniugio perché questo vincolo comporta l'instaurarsi di una cornice giuridica della coppia (reciprocità e corresponsività di diritti e doveri, certezza nel regime patrimoniale, controllo giurisdizionale in caso di scioglimento etc) che ricade come sicurezza anche sul minore. In secondo luogo il vincolo coniugale stabile per un periodo di tempo apprezzabile è stato ritenuto ancora generalmente sintomatico della volontà di mantenere un effettivo legame affettivo, di comunione materiale e morale...".

- Non sussiste sul punto alcuna discriminazione tra le coppie di fatto eterosessuali ed omosessuali; la sentenza della Corte Costituzionale 138/2010 ha chiarito che l'unione omosessuale si annovera tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione mentre il matrimonio civile si riferisce solo all'unione stabile tra un uomo e una donna. L'art. 29 ha posto il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita società naturale cioè titolare di diritti originari e preesistenti allo Stato e da questo riconosciuti. E' vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non possono ritenersi cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore e vanno quindi interpretati, ma questa attività di interpretazione non può spingersi fino a incidere sul nucleo della norma modificandola in modo tale da includervi fenomeni e problematiche non considerate dalla norma quando fu emanata. Non vi è quindi equiparazione tra matrimonio e unione omosessuale, come ribadito dalla sentenza 170/2014 Corte Costituzionale.
  - Il Tribunale per i Minorenni di Roma, nella sentenza citata, ha osservato che l'esclusione della possibilità di ricorrere all'adozione da parte delle coppie di fatto omosessuali si porrebbe in contrasto con gli artt. 14 e 8 della CEDU. Osserva peraltro il tribunale per i Minorenni di Milano nella sentenza impugnata che la Corte di Strasburgo ha sempre negato l'esistenza di un 'diritto ad adottare', diritto non previsto dalla Convenzione. Certamente interferire sulla vita di un genitore adottante o di un minore adottato ricade nella sfera dell'art. 8. Spetta peraltro allo Stato regolare l'adozione, rientrando poi tra i compiti della Corte verificare se la normativa violi o meno il diritto al rispetto della vita familiare e il diritto alla non discriminazione. Nell'ambito convenzionale così come non è mai stato affermato un diritto all'adozione parimenti non è mai stato ritenuto automaticamente equiparabile il matrimonio all'unione omosessuale. Una volta che uno Stato disciplini il matrimonio omosessuale o la adozione da parte di coppie di fatto o singoli, non potrà poi operare discriminazioni. Non si tratta quindi - a parere del primo giudice - di valutare una interpretazione conforme alle norme CEDU, perché le norme convenzionali "pur apprestando ampia tutela alla vita familiare al di fuori del matrimonio, hanno però sempre attribuito agli Stati contraenti la facoltà di valutare e differenziare, in relazione ai diversi modelli della stessa, le varie forme di tutela. Sul punto quindi vengono superate anche le questioni che riguardano i conviventi del medesimo sesso per i quali è precluso il matrimonio in quanto la disciplina attuale riserva la possibilità di adozione ex art. 44 lett. b) alle coppie coniugate."
  - Infine, con l'approvazione della legge 11.5.2016 n. 76 (regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze) si era discusso se estendere l'adozione alle unioni civili, il che "...dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto". Il Tribunale per i Minorenni ritiene in conclusione che l'ordinamento non consenta l'adozione del figlio del convivente, che il rapporto sia di convivenza omosessuale ovvero eterosessuale, con conseguente rigetto delle domande proposte.
6. Avverso la sentenza del Tribunale per i Minorenni YYYY e XXXX hanno proposto tempestivi atti di appello con cui hanno chiesto la riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento delle originarie domande di adozione. Ripercorso nuovamente, in fatto, quanto già illustrato nei ricorsi, le appellanti hanno inoltre evidenziato che, successivamente alla emanazione della sentenza di primo grado, in data 4.11.2016 hanno costituito l'unione civile a consolidamento del loro rapporto (doc. 1 bis nel fascicolo di parte). Hanno quindi rilevato come nel contesto sociale in cui vivono le minori la loro sia considerata una famiglia a tutti gli effetti, come anche dimostrato dalle numerose dichiarazioni testimoniali prodotte (di insegnanti, medici, amici, familiari). Ritengono quindi le appellanti che l'interpretazione offerta dal Tribunale per i Minorenni dell'art. 44 lettera d) sia errata. Abbandonata l'idea secondo cui la norma sia applicabile solo a chi sia in stato di abbandono, ciononostante il Tribunale sembra affermare che per potersi applicare la disciplina debba in ogni caso esserci una grave carenza di figure genitoriali che determinino il rischio di non poter inserire il minore in un contesto di soggetti a cui sia legato, idonei a porsi come figure sostitutive, condizioni che per il Tribunale non ricorrono nel caso di specie essendo le minori accudite dalle madri biologiche in modo esemplare.

- Le affermazioni del primo giudice a parere delle appellanti sono censurabili sotto diversi profili:
- l'art. 44 rende meno rigidi i presupposti dell'adozione a beneficio di alcuni casi particolari ritenuti meritevoli di tutela, non richiedendo la previa dichiarazione di adottabilità del minore. L'ipotesi di cui alla lettera d) è clausola residuale, *"capace di dare tutela a quelle fattispecie ulteriori che non rientrassero compiutamente nei termini delle precedenti a), b) e c). Non a caso le prime tre fattispecie individuano situazioni ben definite, mentre la quarta risulta (volutamente) più generica. La pretesa di subordinare l'applicazione di una norma che ha l'evidente funzione di 'clausola residuale' alla sussistenza di un rigido presupposto, quale l'accertamento di una carenza di un contesto genitoriale idoneo alla crescita del minore, non è assolutamente previsto e ne rappresenta una palese forzatura che ne tradisce la ratio, oltre che la lettera."* Infatti l'art. 44 lett. d) rispetta proprio i vincoli affettivi e relazionali preesistenti e risolve situazioni particolari nel preminente interesse del minore. E' una norma aperta che ha lo scopo di favorire il consolidamento di rapporti tra il minore e persone che già si prendono cura di lui. Pertanto *"viene data rilevanza giuridica a tutte le situazioni in cui, mancando le condizioni che consentono l'adozione 'tipo' con effetti legittimanti, risulti comunque preminente la finalità di proteggere il minore, tanto da giustificare la applicazione di una disciplina diversa sotto un profilo soggettivo e semplificata"*.
  - L'art. 46 prevede l'assenso obbligatorio all'adozione del minore da parte del genitore che può anche risultare esercente la responsabilità genitoriale, nel qual caso il suo diniego è ostativo all'adozione. Pertanto non si può sostenere che tale minore, per essere adottato, debba necessariamente versare in stato familiare precario.
  - Erroneamente il Tribunale ritiene che tale interpretazione non risulti radicata nella giurisprudenza. In realtà numerosi sono i casi analoghi risolti dalla giurisprudenza consentendo l'adozione ex art. 44 lett d); le appellanti richiamano in particolare: sentenza n. 12962 del 22.6.16 della Corte di Cassazione; sentenza 23.12.2015 della Corte di Appello di Roma; sentenza 22.10.2015 del Tribunale per i Minorenni di Roma; sentenza 16.10.2015 della Corte di Appello di Milano laddove, in relazione ai presupposti di applicazione dell'art. 44 lett d) richiama sentenza 626/07 del T.M. di Milano, sentenze n. 299/2014 e n. 291/2015 del T.M. di Roma, Corte di Appello di Firenze n. 1274/2012 e T.M. Bologna, decreto 21.3-17.4.2013; Corte di Cassazione n. 601/2013; sentenza n. 299 del 30.7.2014 del Tribunale per i Minorenni di Roma. *"Tutte le citate sentenze – concludono le appellanti – hanno consentito a coppie omosessuali l'adozione del figlio del partner ex art. 44 lett d) stabilendo univocamente che un'interpretazione restrittiva dell'art. 44 lett. d) limiterebbe il perseguimento dell'interesse preminente del minore in situazioni in cui il figlio di una persona convivente con l'adottante abbia con quest'ultimo un rapporto del tutto equivalente a quello che si instaura con il proprio genitore, al quale l'ordinamento negherebbe qualsiasi riconoscimento e tutela, in danno solo del minore, contraddicendo il senso più intimo della norma menzionata."*
  - L'unica condizione posta dall'art. 44 lett d) è l'impossibilità di procedere con l'affido preadottivo e non viene richiesto che sussista una relazione di coniugio tra i soggetti chiamati a esercitare il ruolo genitoriale, a differenza di quanto previsto dalla lettera b). Il Legislatore richiede una stabile relazione sotto il profilo affettivo, educativo e materiale e intenzionalmente non richiama il rapporto di coniugio. Tale circostanza può quindi verificarsi anche nel caso di coppie omosessuali, unione omosessuale intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso riconosciuta dalla Corte Costituzionale con sentenza 138/2010. Una diversa lettura sarebbe contraria al dato testuale, ai principi costituzionali e alla CEDU.
  - Una lettura dell'art. 44 L. 184/83 che escludesse la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari per le coppie di fatto omosessuali si porrebbe in contrasto con gli articoli 14 e 8 della CEDU, come rilevato da Tribunale per i Minorenni di Roma con sentenza n. 299/2014.
  - Le appellanti censurano il Tribunale per i Minorenni laddove ha omissso di esprimersi sull'interesse delle minori, condizione che l'art. 57 n. 2 impone di valutare. Le appellanti hanno dimostrato che l'adozione di AAAA e BBBB realizza il preminente interesse delle minori stesse. La relazione psico-sociale del 28.1.2016 ha evidenziato l'esistenza di un solido ed equilibrato rapporto di coppia. Ha anche approfondito le relazioni intrafamiliari, appurando che le famiglie di origine sono aperte alla diversità e non solo hanno accettato la convivenza omosessuale delle figlie ma le hanno supportate nelle loro scelte. Le minori vivono una situazione di benessere emotivo e riconoscono nelle appellanti, in egual modo, le figure genitoriali.
  - Il riconoscimento giuridico della genitorialità sociale è interesse e diritto dei bambini e viene in rilievo soprattutto nei momenti di criticità, quali quelli della morte di un genitore o della separazione. In tali evenienza si manifesta evidente il bisogno di protezione dei preesistenti legami familiari dei minori, diritti che potranno esser protetti solo ove si sia accordata rilevanza giuridica alla relazione con il genitore sociale.
7. All'udienza del 9 febbraio 2017 i due procedimenti, originati dai due atti di impugnazione proposti, sono stati riuniti. L'udienza si è svolta alla presenza delle appellanti, che sono state sentite liberamente, e della psicologia del Centro Adozioni dell'ATS Milano. Quindi il P.G. ha espresso parere favorevo-



le all'accoglimento delle domande di adozione, richiamando le argomentazioni sviluppate nel parere scritto depositato in udienza. In particolare il P.G. ha condiviso quanto già osservato dal P.M. e dalle appellanti e ha sviluppato ulteriori argomentazioni critiche con riferimento alla sentenza impugnata. In particolare ha evidenziato come il Tribunale per i Minorenni abbia sottovalutato la rilevanza, per il caso in esame, della sentenza della Corte Costituzionale 383/1999. Pur nel riconoscimento della tassatività dei casi indicati dall'art. 44, la lettera d) rappresenta una clausola residuale, capace di dare tutela a quelle ipotesi non rientranti nelle precedenti lettere. Quanto alla applicazione che la giurisprudenza ha fatto dell'art. 44 lettera d), il P.G. ha osservato che *"non si tratta di un'interpretazione estensiva del tenore letterale della norma ma di una scelta ermeneutica che, senza violare il significato letterale delle parole, dia alle stesse corretto significato anche tenendo conto dell'interpretazione logica, sistematica e teleologica, coerente con il sistema di norme che disciplinano la materia e con lo scopo per il quale è stata emanata."* Ha rilevato quindi il P.G. come la lettura costituzionalmente orientata della norma porti a ritenere non solo che non sia richiesto lo stato di abbandono, ma che l'adozione tenda a favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e le persone che già si prendano cura di lui anche quando i minori non possono formalmente essere dichiarati adottabili, purché vi sia l'effettiva realizzazione degli interessi del minore che è il principio ispiratore di tutta la disciplina. Le citazioni giurisprudenziali da parte del primo giudice - ha osservato il P.G. - non appaiono pertinenti (ad es. Cassazione 22292/2013) oppure sono ininfluenti, riferendosi ad altre ipotesi dell'art. 44 che rispondono a presupposti diversi, così come ininfluenti sono le considerazioni che il Tribunale ha sviluppato sull'art. 44 lett. b). Non vi sono ragioni, a parere del P.G., per disattendere quanto stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza 12962/16, in coerenza con la lettera e la ratio della norma.

Quanto agli accertamenti ai sensi dell'art. 57 c. 2 L. 184/83, il P.G. ha rilevato come gli stessi abbiano avuto esito assolutamente positivo, essendosi evidenziata la particolare idoneità affettiva ed educativa delle adottanti e i benefici che ne avrebbero tratto le minori dall'accoglimento delle domande, con riconoscimento giuridico e conseguente tutela di relazioni affettive di natura stabile, consolidate all'interno di un nucleo familiare, in piena corrispondenza all'interesse preminente delle minori. Il difensore ha insistito nell'accoglimento delle domande di adozione ai sensi dell'art. 44 lettera d), richiamando i motivi a sostegno delle stesse illustrate negli atti di appello.

8. La Corte ritiene che la sentenza impugnata debba essere riformata in quanto le domande proposte dalle appellanti sono fondate e le argomentazioni sviluppate a sostegno delle stesse sopra riportate sono pienamente condivise dalla Corte, così come le osservazioni svolte dal Pubblico Ministero presso il Tribunale per i Minorenni e dal Procuratore Generale nei rispettivi pareri scritti, depositati in atti, favorevoli all'accoglimento delle domande di adozione.

Va subito evidenziato che, correttamente, il Tribunale per i Minorenni ritiene incontestabile che nel caso di specie le responsabilità genitoriali siano esercitate da XXXX e YYYY in modo più che adeguato, richiamando il contenuto delle relazioni della ATS e anche la copiosa documentazione prodotta dalle ricorrenti, con particolare riferimento all'andamento del percorso scolastico delle minori, ai rapporti con la famiglia allargata e con l'ambiente sociale. Osserva quindi il primo giudice che le minori *"...godono certamente, per quanto attiene ad accudimento, educazione ed affetto, di particolare attenzione da parte sia delle madri biologiche che delle rispettive compagne"*.

Viene pertanto riconosciuta la stabilità del nucleo familiare nonché la significatività delle relazioni ed in particolare il profondo legame delle minori con entrambe le appellanti, alle quali viene riconosciuto dalle figlie, tra loro sorelle per parte di padre, un ruolo genitoriale interscambiabile, circostanze di fatto che devono ritenersi provate.

Pertanto il Tribunale per i Minorenni non procede nella valutazione (prescritta dall'art. 57) se le adozioni richieste realizzino o meno l'interesse delle minori - interesse che deve avere valore preminente rispetto ad altre considerazioni - giacché ritiene che non ricorrano i presupposti per avanzare domanda di adozione ai sensi dell'art. 44 lettera d). Neppure sussisterebbe, a parere del Tribunale, alcun problema di discriminazione tra le coppie di fatto eterosessuali ed omosessuali, dal momento che, nel caso di richiesta di adozione del figlio biologico del convivente, il ricorso all'art. 44 lettera d) sarebbe precluso sia a coppie omosessuali che eterosessuali, salvo, in altro passaggio della motivazione, rilevare che *"... nel caso di un rapporto tra un minore e due persone che non sono genitori biologici ovvero del rapporto di fatto tra una persona e il figlio biologico di un'altra persona non esiste una norma che consenta direttamente la possibilità di attribuire lo 'status filiationis'. Si tratta di un rapporto di filiazione che deve costituirsi tra un minore e soggetti che non sono a lui legati da filiazione biologica. Pertanto il legislatore ha individuato come norma di 'sistema' quella relativa allo 'status' di coniuge al fine di giustificare la possibile attribuzione al minore di uno 'status' di figlio altrimenti priva di una norma giuridica di riferimento, ed è una scelta delle parti non accedere a tale istituto senza che possa individuarsi una carenza normativa nella tutela del minore."* "Scelta" che, peraltro, è consentita nel nostro ordinamento - a differenza di altri ordinamenti europei - solo alle coppie eterosessuali e non anche alle coppie omosessuali, fermo restando che, in ogni caso, la scelta di contrarre o meno matrimonio, anche per le coppie eterosessuali, è insindacabile, senza che da legittime scelte degli adulti debba



però derivarne una limitazione dei diritti dei minori, che l'ordinamento deve comunque salvaguardare. Il che è a dire che, alla fine, una forma di discriminazione tra coppie eterosessuali e omosessuali con riferimento alla possibilità di adottare il figlio della persona con cui si è scelto di avere una stabile convivenza della propria vita permanerebbe ove l'ordinamento non prevedesse paritarie forme di riconoscimento di diritti non già degli adulti ad accedere all'adozione, bensì dei minori ad essere adottati in casi analoghi. Possibilità di attribuire lo status di figlio adottivo che invece - contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale per i Minorenni - l'ordinamento offre attraverso una legittima interpretazione estensiva, o meglio, evolutiva dell'art. 44 lettera d), norma residuale avente carattere aperto nella sua stessa sintetica espressione letterale, per certi versi enigmatica se non venisse letta alla luce della ratio dell'intero istituto dell'adozione speciale e dei principi cardine del superiore interesse del minore e del suo diritto a mantenere la continuità (anche giuridica) di legami con persone con cui abbia rapporto *"stabile e duraturo"* (così come specificato per la lettera a) dalla recente legge 173/2015). Va detto che, seppure questa sia una materia in cui il diritto fatica a regolamentare la varietà e complessità delle relazioni umane e dove le norme appaiono sovente inadeguate per una società in continua evoluzione e che esige riforme in tempi rapidi, tuttavia, consapevole di ciò, il Legislatore appare lungimirante laddove da un lato adotta una tecnica normativa elastica e che si presta particolarmente ad interpretazioni evolutive e, dall'altro, richiama espressamente nelle norme stesse i principi generali che devono costituire il costante riferimento in questa materia. E' il caso di tutto l'impianto normativo dell'adozione in casi particolari, disciplinato dal titolo IV della legge 184/1983, che, è importante ricordarlo, è stata comunque negli anni più volte modificato, fino all'ottobre 2015 e quindi in epoca assai recente, quando la giurisprudenza c.d. evolutiva era ampiamente nota da tempo, essendo ormai risalente e oltretutto maggioritaria, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice. Come a dire che, se il Legislatore avesse ritenuto sussistente il pericolo di una violazione della *"lettera della norma e della ratio dell'istituto"* da parte della giurisprudenza nel suo compito interpretativo, come ritenuto dal Tribunale per i Minorenni, sarebbe certo intervenuto, tanto più che con la Legge 19.10.2015 n.173 si è modificato anche l'art. 44 della 184, ampliandone la portata. Ciò vale a maggior ragione in relazione alla legge c.d. Cirinnà dell'11.5.2016 n. 76 che si è limitata a regolamentare le unioni civili tra persone dello stesso sesso e a disciplinare le convivenze, avendo il Legislatore semplicemente deciso di non affrontare congiuntamente anche il problema della regolamentazione della c.d. stepchild adoption, preferendo rinviarlo e procedendo così allo stralcio del relativo articolo che prevedeva una modifica dell'art. 44 lettera b), e non d), modifica della lettera b) che, semmai, si imponeva proprio per l'interpretazione che in un numero crescente di casi veniva data della lettera d).

La Corte non condivide affatto l'interpretazione che di tale scelta del Legislatore (che semplicemente ha preferito non affrontare con la predetta legge anche la questione delle adozioni da parte di coppie omosessuali e conviventi) viene offerta dal Tribunale per i Minorenni nell'ultima parte della motivazione della sentenza, avendo ritenuto il Tribunale che *"il fatto che nella discussione della legge si sia posto il problema dibattuto se estendere o meno la adozione ex art. 44 lettera b) (anzi in genere l'adozione) alle unioni civili dimostra all'evidenza che originariamente non era stato previsto. La dizione 'resta fermo' non può certamente essere intesa nel senso di introdurre una nuova normativa che la legge non aveva previsto perché sarebbe un controsenso logico e, pertanto, deve essere intesa nel senso che potrà essere valutato eventualmente nel caso concreto l'accesso alla adozione ogniqualvolta la stessa sia ammessa anche da parte di chi non è coniuge. Appare comunque desumibile...la chiara volontà del legislatore di confermare la normativa vigente per quanto attiene all'art. 44 lettera b)"*. In realtà con la legge Cirinnà da un lato si è stralciato l'articolo che prevedeva una modifica dell'art. 44 lettera b) - laddove limita solo al coniuge la possibilità di adottare estendendola anche a chi sia unito civilmente - ma dall'altro si è precisato che ogni qualvolta nelle leggi o atti aventi forza di legge o nei regolamenti o atti amministrativi e contratti collettivi vi siano espressioni contenenti la parola coniuge, devono intendersi applicate anche alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. Appare coerente peraltro che, essendo prevalsa la scelta di non trattare anche la modifica della legge adozione, si sia poi espressamente escluso che la predetta equivalenza di termini valga anche per la legge adozione. Ma il Legislatore ha sentito il bisogno di aggiungere una locuzione che non può essere interpretata in nessun altro modo se non come clausola di salvaguardia, altrimenti non se ne comprenderebbe il senso, avendo già detto che l'equiparazione del termine coniuge all'unito civilmente vale per le leggi in vigore tranne che per la 184/83, ovvero l'espressione: *"resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalla norme vigenti"*. Che resti fermo quanto previsto può apparire pleonastico ma è fatto salvo anche quanto consentito, evidentemente dalla interpretazione giurisprudenziale così come si è sviluppata nel tempo e come indicata da ultimo dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza 12962/16.

In conclusione, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale per i Minorenni nella sentenza impugnata, non emerge affatto una volontà del Legislatore di delimitare più rigidamente i confini interpretativi dell'adozione in casi particolari ma, semmai, emerge la volontà contraria, tanto è vero che, successivamente alla emanazione della legge, vi sono state altre pronunzie che, in casi analoghi a quello in esame, hanno accolto la domanda di adozione ex art. 44 d)1.

Sempre al fine di sostenere la indicata interpretazione restrittiva dell'art. 44 lett. d), il Tribunale per i Minorenni richiama la sentenza 22292/2013 della Suprema Corte, richiamo a parere della Corte non pertinente. In quel caso era stata respinta la domanda ex art. 44 lettera d) di due coniugi che avevano accolto la minore nella casa famiglia e che erano ricorsi in Cassazione deducendo la contrarietà della decisione della Corte di Appello di Roma all'interesse della minore a mantenere il legame con loro. La Suprema Corte aveva rilevato come la dichiarazione di adottabilità fosse divenuta definitiva, con ciò escludendo in radice il presupposto per l'adozione in casi particolari che va individuato nella impossibilità dell'affidamento preadottivo, affidamento preadottivo oltretutto già attuato. La Corte precisava quindi che non era possibile accogliere la richiesta di interpretare la dizione dell'art. 44 come impossibilità di disporre l'affidamento preadottivo in quanto ritenuto contrario all'interesse del minore. In questo senso l'art. 44 non può avere la predetta interpretazione estensiva e i casi vanno ritenuti tassativi, nel senso che "è contrario alla ratio legis dell'art. 44 dilatare la nozione di 'impossibilità di affidamento preadottivo' ricomprendendovi ...anche l'ipotesi del contrasto con l'interesse del minore, *in quanto criterio guida di tutta la normativa sull'adozione*". Pienamente legittima è dunque una interpretazione estensiva dell'art. 44 lett. d) nel senso indicato dalla sentenza della Suprema Corte n. 12962/2016 né può sostenersi che la sentenza 22292/2013 sia di contrario avviso. Del resto nella sentenza 12962/2016 espressamente si afferma: "... Deve osservarsi che la sentenza di questa Sezione n. 22292 del 2013, con orientamento confermato dalla successiva n. 1792 del 2015, non è in contrasto con la scelta ermeneutica assunta dal Collegio...la condicio legis in questione viene...esplorata sotto un versante del tutto diverso ed autonomo da quello oggetto del presente giudizio..."

La piena equiparazione, sotto il profilo che qui interessa, dei diritti dei figli dei genitori coniugati e dei figli di genitori uniti civilmente o conviventi, siano essi eterosessuali o omosessuali, si ha oggi attraverso una interpretazione estensiva, o meglio, evolutiva, dell'art. 44 lettera d), profilandosi, in caso contrario, un problema di incostituzionalità dell'art. 44 per violazione del principio di eguaglianza, a maggior ragione dopo l'approvazione della legge sulle unioni civili, questione che il Tribunale per i Minorenni di Milano avrebbe quindi dovuto sollevare prima di accedere ad una interpretazione restrittiva che, di fatto, viola i diritti dei minori. Peraltro, come già nel 1999 la Corte Costituzionale aveva evidenziato che ciò che non è ricompreso nella lettera a) può rientrare nella lettera d), altrettanto oggi può dirsi che ciò che non è ricompreso nella lettera b) può rientrare nella lettera d). Per questo il Legislatore stava valutando di modificare la lettera b), così come ben potrebbe modificare la lettera a) introducendo l'ipotesi di figlio di genitori dichiarati decaduti ovvero orfano di un solo genitore. Non è affatto vero, come sostenuto dal primo giudice, che le ipotesi di cui all'art. 44 lettere a), c) e d) si riferiscano tutte a situazioni che hanno alla base l'abbandono o gravi carenze delle figure genitoriali. Lo stesso Tribunale per i Minorenni, nel richiamare la sentenza della Corte Costituzionale 383/1999 ha dovuto riconoscere che il caso di un minore orfano di un solo genitore possa rientrare nella ipotesi d) e non a) quando vi sia il consenso del genitore in vita (genitore evidentemente idoneo). Proprio il richiamo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 383/1999 legittima dunque l'interpretazione estensiva della lettera d) cui questa Corte ritiene di dover aderire, condividendo quanto più volte affermato da buona parte della giurisprudenza<sup>2</sup>. Non si comprende quindi l'iter argomentativo del Tribunale per i Minorenni, che sul punto appare contraddittorio e cade nell'errore di voler a tutti i costi provare troppo, con digressioni interessanti ma non rilevanti, sfuggendo quindi ad un confronto lineare e convincente con le indicazioni fornite da ultimo dalla sentenza 12962/16 della Suprema Corte di Cassazione che, condivisibilmente, non ha ritenuto di porre la questione interpretativa dell'art. 44 al vaglio delle Sezioni Unite, da un lato perché più volte Sezioni semplici hanno affrontato temi rilevanti ed eticamente sensibili e, dall'altro, in quanto non si registra attualmente un contrasto sul tema in questione tra Sezioni semplici. Del resto la stessa Suprema Corte dà atto, sempre nella sentenza 12962/16, delle motivazioni della Corte di Appello di Roma (sentenza 23.12.2015) laddove poneva in luce come fosse sì insorto un contrasto in dottrina e in giurisprudenza, ma nella prima fase di applicazione dell'art. 44 l. 184/83, tra l'interpretazione "restrittiva", secondo la quale l'impossibilità di affidamento preadottivo presupponeva una situazione di abbandono che quindi rendeva possibile un affidamento preadottivo, e una interpretazione "estensiva", secondo la quale può prescindere da una situazione di abbandono; "quest'ultima interpretazione - evidenzia la Corte - è quella nettamente prevalente nella giurisprudenza minorile, avendo trovato autorevole avallo ermeneutico nella sentenza della Corte Costituzionale n. 383 del 1999, per la quale l'art. 44, primo comma, lettera c), nella versione *ratione temporis* (1999) applicabile, formalmente e sostanzialmente corrispondente alla vigente lettera d), non richiede la preesistenza di una situazione di abbandono del minore, trattandosi di una sorta di clausola residuale volta a disciplinare le situazioni non rientranti nei parametri di cui all'art. 7, relativi alle condizioni necessarie per procedere all'adozione legittimante; in conclusione, deve aderirsi all'interpretazione secondo la quale è sufficiente l'impossibilità giuridica dell'affidamento preadottivo, la quale può verificarsi anche in mancanza di una situazione di abbandono...". Quindi la Suprema Corte di Cassazione procede ad una indagine ermeneutica sul contenuto da attribuire alla disposizione "constatata impossibilità di affidamento preadottivo" e osserva che "al fine di pervenire ad un'interpretazione coerente con la lettera e la ratio dell'istituto, oltretutto con

*il contesto costituzionale e convenzionale all'interno del quale devono collocarsi i diritti del minore, è necessario esaminare il testo dell'art. 44 nella sua interezza nonché la sua evoluzione normativa ed applicativa alla luce, in particolare, della giurisprudenza della Corte Costituzionale e di questa Corte."*

Rileva quindi che la legge 149/2001 ha sostituito l'intero art. 44 inserendo una nuova ipotesi adottiva (prima inesistente) relativa al minore disabile, contrassegnata dalla lettera c), cosicché la precedente lettera c) è oggi contrassegnata dalla lettera d); il d.lgs 154/2013 ha eliminato il riferimento ai figli "legittimi" al comma 2 dell'art. 44 e la legge 173/2015 ha introdotto l'espressione "anche maturato nell'ambito di un prolungato periodo di affidamento" nella lettera a). In relazione alle necessarie indagini, la legge 149/2001 ha introdotto, all'art. 57 comma 2 lettera a), "l'idoneità affettiva", oltre alla capacità di educare e istruire il minore. La Suprema Corte valorizza quindi tutto il contenuto dell'art. 57 per affermare che l'interpretazione della condizione costituita dalla constatata impossibilità di affidamento preadottivo non può essere scissa dall'esame complessivo dell'istituto, con le modifiche intervenute e con la verifica dell'incidenza del quadro costituzionale e convenzionale, per verificare se la sua ratio originaria possa o meno ritenersi tuttora intatta. Rileva come *"l'attenzione prestata dalla Corte Costituzionale all'aspetto della continuità affettiva ed educativa della relazione tra l'adottante e l'adottando, come elemento caratterizzante la realizzazione dell'interesse del minore, anticipa significativamente le linee ispiratrici degli interventi legislativi di riforma della filiazione e degli istituti dell'adozione e della stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sviluppatasi nell'ultimo decennio intorno al contenuto e alla preminenza del 'best interest' del minore anche rispetto all'interesse pubblico degli Stati"*. Conclude affermando che la interpretazione della impossibilità di affidamento preadottivo non osta alla più ampia opzione ermeneutica che ricomprenda nella formula anche l'impossibilità di diritto e con essa tutte le ipotesi in cui, pur in difetto dello stato di abbandono, sussista in concreto l'interesse del minore a vedere riconosciuti i legami affettivi sviluppatasi con altri soggetti che se ne prendano cura, apparendo oltretutto il quadro della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani del tutto coerente con tali conclusioni. Il Tribunale per i Minorenni, viceversa, nega in radice la possibilità di adozione speciale del figlio del convivente, accedendo alla interpretazione restrittiva della norma in esame che peraltro lo stesso Tribunale per i Minorenni di Milano, già a partire dal 2007, aveva invece superato, pronunciandosi più volte favorevolmente, con diversi Collegi, in casi di adozione ex art. 44 lettera d) del figlio del convivente<sup>3</sup>. Nella sentenza impugnata si dà atto dei due orientamenti, quello che definisce "tradizionale", ovvero della necessità che vi sia una constatata impossibilità di fatto di procedere ad affidamento preadottivo, il che presuppone che vi sia un minore in stato di abbandono, e l'interpretazione che definisce "estensiva", secondo cui l'impossibilità di affidamento preadottivo include anche ipotesi di impossibilità di diritto. Procede quindi ad un esame approfondito della pronuncia della Corte Costituzionale 383/99 al punto che deve infine convenire che l'ipotesi di cui all'art. 44 lettera d) *"si riferisce a casi che non richiedono necessariamente la dichiarazione di adottabilità o l'esperimento dell'affidamento preadottivo di cui all'art. 7"*, il che è a dire che la norma prevede una impossibilità dell'affidamento preadottivo non solo di fatto. Peraltro il Tribunale per i Minorenni non coglie sino in fondo la chiave interpretativa offerta dalla Corte Costituzionale, dal momento che introduce un limite che la norma non pone né la Corte Costituzionale indica, costituito dalla possibilità di accedere alla adozione ex art. 44 solo nei casi in cui il minore sia *"sostanzialmente privo di un contesto genitoriale idoneo a sostenere la sua crescita"*, e quindi sia, sostanzialmente, in stato di abbandono, poiché ciò accadrebbe nei casi indicati dalla Corte, ovvero nel caso di genitori deceduti o decaduti o nei casi in cui uno solo sia decaduto o deceduto e l'altro presti il consenso all'adozione. Ipotesi, a ben vedere, seguendo il filo logico del ragionamento del Tribunale per i Minorenni, cui è assimilabile anche il caso di specie, ove vi è un solo genitore biologico che presta il consenso all'adozione mentre l'altro genitore biologico non c'è in quanto semplice donatore di seme di cui non è nota l'identità e che, quindi, non si occupa del figlio. In conclusione le argomentazioni del primo giudice non convincono affatto, giacché vengono ravvisati ostacoli all'adozione richiesta che viceversa la norma non pone. Inoltre l'impostazione del Tribunale per i Minorenni di Milano contrasta con la ratio stessa dell'adozione c.d. speciale o in casi particolari che, sostanzialmente, da un lato tende proprio a mantenere i legami con la famiglia di origine, tanto che il minore conserva l'originario cognome, e, dall'altro, valorizza e favorisce l'ampliamento dei legami che il minore abbia con persone per lui significative, garantendogli un riconoscimento giuridico attraverso una forma di adozione attenuata che, quindi, non presuppone affatto né lo stato di abbandono né che il minore sia privo di figure genitoriali ovvero che le stesse siano comunque inidonee allo svolgimento del loro compito. Si tratta dunque di due forme di adozione, quella legittimante e quella di cui all'art. 44 l. 184, che rispondono a parametri diversi giacché l'adozione in casi particolari si preoccupa di dare riconoscimento giuridico alla continuità e significatività dei legami che il minore sviluppi con figure adulte di riferimento. Ciò può accadere quando il minore sia orfano, quando il minore sia figlio del coniuge dell'adottante e abbia con quest'ultimo rapporti significativi nonché in altri casi - non espressamente previsti dalle lettere a) b) e c) ma che la lettera d) consente di valutare - in cui non vi siano i presupposti giuridici per procedere ad un affidamento preadottivo (*constatata impossibilità*), ad esempio quando i genitori siano dichiarati decaduti dalle responsabilità genitoriali, quan-

do sia dichiarato decaduto uno soltanto e l'altro presti consenso all'adozione, quando il minore sia orfano di un solo genitore e l'altro presti il consenso all'adozione, quando il minore sia privo per altre ragioni del genitore biologico e l'altro genitore presti il consenso all'adozione a favore della persona con cui il figlio abbia un legame significativo, come nel caso di specie, oltre ad altri casi che la ricchezza e varietà delle relazioni umane potrà presentare. Davvero non si comprende perché debbano essere posti limiti che finiscono per discriminare situazioni del tutto analoghe. Ma non basta che ricorrano i predetti presupposti, in fondo semplici da individuare, per procedere all'adozione. E' infatti necessario il consenso dei genitori o del genitore dell'adottante; è necessario che l'adozione realizzi il preminente interesse del minore; è necessario che le indagini predisposte accertino l'idoneità affettiva e la capacità di educare e istruire il minore da parte dell'adottante; che emergano elementi positivi con riferimento alla famiglia dell'adottante, alla sua situazione personale, economica e anche relativa alla salute; che tutto ciò sia valutato in relazione alla personalità del minore; che si accerti la possibilità di idonea convivenza tra il minore e l'adottante, tenendo conto delle rispettive personalità. Tutti queste condizioni necessarie per poter adottare un minore, previste dagli articoli 45 e seguenti della legge adozione, hanno all'evidenza un carattere preponderante e ben più pregnante rispetto alle semplici pre-condizioni di cui all'art. 44 che la Corte Costituzionale sin dal 1999 ha indicato doversi interpretare in modo estensivo e sistematico, per non incorrere in profili di incostituzionalità della norma, oggi sempre più evidenti ove si pongano a confronto situazioni del tutto analoghe che rischiano, con una interpretazione restrittiva, di avere trattamenti diseguali.

Ove le indagini diano esito positivo, l'adozione risponda all'interesse del minore e vi sia il consenso di tutti i soggetti interessati non si comprende come possano essere posti ostacoli alla richiesta di adozione se non per il prevalere di pregiudizi legati ad una concezione dei vincoli familiari non più rispondente alla ricchezza e complessità delle relazioni umane nell'epoca attuale. Del resto proprio la interpretazione evolutiva della Corte EDU della nozione di vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è giunta ad affermare che nell'ambito della *vita familiare* deve annoverarsi il rapporto fra persone dello stesso sesso, rapporto che non può quindi essere escluso dal diritto di famiglia con la conseguenza che non già le aspirazioni o i desideri degli adulti debbano avere necessariamente pari riconoscimento da parte dell'ordinamento, bensì i diritti dei bambini.

La Corte ritiene in conclusione che la sentenza del tribunale per i minorenni debba essere riformata e che debba farsi luogo all'adozione di AAAA, nata il xxx 2011, da parte di XXXX, con aggiunta al cognome YY del cognome XX e all'adozione di BBBB, nata a xx il xx2012, da parte di YYYY, con aggiunta al cognome XX del cognome YY.

## P.Q.M.

La Corte, in riforma della sentenza n. 261/2016 emessa dal Tribunale per i Minorenni di Milano il 13.9.2016 e in accoglimento degli appelli proposti da .... con il parere favorevole del P.G.,

### DICHIARA

farsi luogo all'adozione di ... da parte di ..  
farsi luogo all'adozione di... , da parte di ...

### DISPONE

che le minori ... e .... aggiungano al proprio cognome quello dell'adottante

### ORDINA

la comunicazione della presente sentenza per esteso al P.G. in sede, alle appellanti e all'Ufficiale dello stato Civile del Comune di Milano per le trascrizioni

Così deciso in Milano, Camera di Consiglio del 9 febbraio 2017

*Il Consigliere estensore*  
Maria Grazia Domanico

*Il Presidente*  
Maria Cristina Canziani



## *Tribunale di Rovereto*

# Ordinanza del 21 giugno 2016

ORGANIZZAZIONI DI TENDENZA – LAVORATORE – RIFIUTO DI SMENTIRE PUBBLICAMENTE VOCI RELATIVE AL PROPRIO ORIENTAMENTO SESSUALE – MANCATO RINNOVO DEL CONTRATTO DI LAVORO – ILLEGITTIMITÀ – NATURA DISCRIMINATORIA

Il mancato rinnovo del contratto di lavoro di un'insegnante da parte di una organizzazione di tendenza (nella specie una scuola paritaria di ispirazione religiosa cattolica) in ragione del rifiuto di smentire pubblicamente voci relative al proprio presunto orientamento omosessuale e a una relazione di convivenza affettiva con un'altra donna, costituisce una discriminazione basata sull'orientamento sessuale e una violazione della vita privata con conseguente declaratoria di illegittimità della condotta posta in essere dalla scuola paritaria e sua condanna al risarcimento dei danni in favore della ricorrente (liquidati in € 15.000) e delle associazioni intervenute (€ 1.500).

*Riferimenti normativi:* D.lgs. n. 216/2003; d.lgs. n. 150/2011

TRIBUNALE DI ROVERETO

ORDINANZA EX ART. 702 TER C.P.C.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Rovereto dott. Michele Cuccaro ha pronunciato la seguente ordinanza nella causa promossa con ricorso ex art. 4 D.L.vo 216/2003 depositato il 15.12.2015 sub nr. XXXXX R.G. da:

XXXXX YYYYYY e ASSOCIAZIONE RADICALE CERTI DIRITTI, rappresentati e difesi dall'avv. Alexander Schuster del Foro di Trento giusta delega allegata al ricorso CGIL DEL TRENTINO, rappresentata e difesa dall'avv. Alexander Schuster e dall'avv. Stefano Giampietro del Foro di Trento giusta delega allegata al ricorso

RICORRENTI

contro

ISTITUTO DELLE FIGLIE DEL SACRO CUORE DI GESÙ, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Prati ed Alberto Raimondi del Foro di Trento e Claudio Damoli, Enrico Togni e Alessandra Testi del Foro di Verona giusta delega allegata alla memoria difensiva

CONVENUTA

In punto: accertamento condotta discriminatoria

CONCLUSIONI

Ricorrente: "voglia l'Ill.mo Tribunale di Rovereto, respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione in accoglimento del ricorso,

In via principale:

- A. accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condotte realizzate e delle dichiarazioni rese dalla parte convenuta e consistenti nell'aver in più occasioni nel periodo 16 luglio – 24 ottobre 2014 affermato privatamente e pubblicamente di non voler assumere e mettere a contatto con minori docenti omosessuali o sospettati tali;
- B. accertare e dichiarare il carattere discriminatorio delle condotte a danno della ricorrente XXXXX, consistite nella negata riassunzione o comunque discriminazione nella valutazione professionale della stessa e della condotta autonoma e indipendente consistita nel averne pubblicamente leso l'onore attribuendole fatti falsi;
- C. per gli effetti, ordinare ex art. 28, c. 7, d.lgs. n. 150/2011 all'Istituto convenuto di dare adeguata pubblicità alla decisione giudiziale tramite la pubblicazione a stampa su almeno un quotidiano a tiratura nazionale di un estratto, in formato idoneo a garantire un'adeguata visibilità, dell'emananda ordinanza di condanna;
- D. ordinare alla convenuta di disporre un piano di rimozione ai sensi dell'art. 28, 5° comma, d.lgs. n. 150/11, con fissazione, ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c., della somma di denaro dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento;
- E. ordinare alla convenuta di formulare un'offerta di lavoro a tempo indeterminato in favore della ricorrente XXXXX aventi le caratteristiche dell'ultimo contratto a tempo determinato ovvero, alternativamente alla proposta di assunzione, che le sia riconosciuta una indennità pari a quindici mensilità calcolate sugli importi dell'ultimo contratto di lavoro, pari a € 25.344,00, o di importo equitativamente determinato da codesto Tribunale;
- F. condannare la convenuta al pagamento in favore della ricorrente XXXXX a titolo di risarcimento del danno patrimoniale subito dalla stessa per il periodo 1° settembre 2014 – 31 agosto 2015, della somma pari a € 10.293,27, e per il periodo dal 1° settembre 2015 fino alla proposta di assunzione da parte della convenuta di una somma pari a € 56,32 per giorno, oltre alle contribuzioni accessorie dovute dal datore di lavoro, o per quegli importi maggiori o minori ritenuti di giustizia;
- G. condannare la convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e ex art. 28, c. 5 e 6, d.lgs. 150/2011, in favore della ricorrente XXXXX da quantificarsi rispettivamente in € 16.000,00 per la condotta discriminatoria ai fini della riassunzione, e in € 72.000,00 per gli atti discriminatori consistenti nell'attribuzione di fatti falsi e diffamatori a mezzo stampa lesivi dell'onore della ex dipendente XXXXX, ovvero nelle maggiori o minori somme ritenute di giustizia;
- H. condannare la convenuta al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. e ex art. 28, c. 5, d.lgs. 150/2011 in favore di CGIL del Trentino e di Associazione radicale Certi diritti di una somma quantificarsi in via equitativa in € 12.000 a ciascuna organizzazione, ovvero in una somma maggiore o minore ritenuta di giustizia.

Con vittoria di spese e competenze del presente giudizio, oltre ad IVA e CPA come per legge, da liquidarsi secondo i parametri ministeriali forensi ex DM 55/2014".

Convenuto: "In via pregiudiziale: accertarsi e dichiararsi il difetto di legittimazione attiva dell'Associazione Radicale Certi Diritti e della C.G.I.L. del Trentino

Nel merito: respingersi integralmente, per tutte le ragioni sopra esposte, le domande ex adverso proposte nei confronti dell'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù in quanto infondate in fatto ed in diritto.

Con vittoria di spese, competenze di causa, oltre I.V.A. e C.P.A..

In via istruttoria come in memoria di costituzione ed in note d'udienza dd. 22.3.2016".

## Fatto e diritto

Con ricorso ex artt. 28 D.Lvo 150/2011, 4 D.Lvo 216/2003 e 702 bis c.p.c. depositato il 15.12.2015 XXXXX YYYYYY, l'Associazione Radicale Certi Diritti e la CGIL del Trentino convenivano in giudizio innanzi a questo Tribunale l'Istituto delle Figlie del Sacro Cuore di Gesù al fine di far accertare l'esistenza di atti discriminatori di matrice tanto individuale che collettiva e di farlo conseguentemente condannare al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, all'adozione di un piano di rimozione ai sensi dell'art. 28, comma 5 D.Lvo 150/11 ed alla pubblicazione della decisione giudiziale sulla stampa ai sensi del successivo comma 7.

A sostegno della loro pretesa evidenziavano come la XXXXX – già insegnante dipendente dell'Istituto, gestore di una scuola paritaria di ispirazione religiosa cattolica, in forza di distinti rapporti di lavoro a tempo determinato – era stata convocata per essere valutata ai fini del rinnovo del contratto di lavoro per l'anno scolastico 2014/15 da parte della superiora dell'Istituto suor ZZZZZ; in quella sede la religiosa le aveva chiesto di negare di avere una relazione di convivenza affettiva con un'altra donna,

asseritamente oggetto di voci all'interno dell'organizzazione o, comunque, di impegnarsi a risolvere il problema rappresentato dalla sua, del tutto presunta, omosessualità; a fronte del rifiuto da parte dell'insegnante di rivelare elementi della sua vita privata, il contratto di docenza non era stato rinnovato come era accaduto negli anni precedenti e non era stato dato corso alla promessa assunzione a tempo indeterminato una volta ottenuta l'abilitazione; la vicenda, inoltre, era stata oggetto di importante rilevanza mediatica.

Nel costituirsi in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso, il convenuto eccepiva il difetto di legittimazione ex art. 5 D.L.vo 216/2003 dell'O.S. CGIL e dell'Associazione Radicale Certi Diritti; evidenziava l'inesistenza di un'aspettativa e, tantomeno, di un diritto della XXXXX ad essere riassunta per l'anno scolastico 2014/2015 (tenuto anche conto della carenza dei requisiti per accedere all'insegnamento); sottolineava che a seguito dell'incontro del 16.7.2014 era anche venuto meno il carattere di lealtà reciproca e di fiducia caratterizzante qualsiasi rapporto di lavoro (avuto riguardo al fatto che il pubblico dissenso manifestato dalla XXXXX nei confronti del progetto educativo e formativo dell'Istituto la poneva in insanabile contrasto con l'Istituto stesso quale organizzazione di tendenza); negava di avere mai posto in essere qualsivoglia discriminazione in relazione all'orientamento sessuale della docente, essendosi limitata a valutare l'impegno che la stessa si era assunta nell'adesione al progetto educativo della scuola; affermava che l'ordinamento italiano, pur riconoscendo il principio di parità di trattamento, prevede – ai commi da 3 a 6 dell'art. 3 del D.L.vo 216/2003 ed in perfetta sintonia con il diritto europeo – delle limitazioni ed eccezioni dello stesso certamente ricorrenti nel caso qui in esame; escludeva, da ultimo, la ricorrenza di danni risarcibili, tanto di natura individuale, che collettiva.

Esperito senza esito un tentativo di conciliazione, veniva effettuato l'interrogatorio libero delle parti.

All'udienza odierna, precisate dalle parti le conclusioni in epigrafe trascritte, la causa veniva decisa come da dispositivo letto pubblicamente, con contestuale deposito della presente ordinanza.

### **Discriminazione individuale**

Le domande meritano in gran parte accoglimento.

Il 16.7.2014 vi fu tra la prof.ssa XXXXX ed il Gestore dell'Istituto convenuto prof.ssa Ida Libratore (suor ZZZZZ) un colloquio, ricostruito dalle parti in sede di interrogatorio libero nei seguenti termini:

ricorrente: "il fatto è avvenuto mercoledì 16 luglio 2014, verso le 10:30 del mattino; io avevo ricevuto una settimana prima una telefonata da parte di suor ZZZZZ ZZZZZ, la quale mi chiedeva di recarmi presso l'Istituto con una certa urgenza, dal momento che aveva bisogno di parlarmi di alcune questioni legate alla sfera professionale; immaginando che ella volesse propormi ulteriori ore sulle superiori in aggiunta a quelle già effettuate sulle medie, le dissi che non vi erano problemi; tuttavia mi vedevo costretta a posticipare l'incontro dal momento che in quei giorni stavo svolgendo degli esami per l'abilitazione PAS, di cui l'istituto era a conoscenza; chiesi quindi a suor ZZZZZ se poteva spostare l'incontro alla settimana successiva; lei mi disse che era d'accordo; tuttavia, avendomi anticipato l'urgenza di parlare con me, le proposi, se ne aveva necessità, di anticiparmi l'oggetto del nostro colloquio; lei mi rispose negativamente, dicendomi che era sua intenzione parlarne di persona; la settimana seguente mi recai all'Istituto; al momento del mio arrivo presso il portone venni bloccata dall'addetta alla portineria; la cosa mi risultò piuttosto strana; le dissi che ero attesa da suor ZZZZZ in amministrazione; ella mi replicò di essere a conoscenza del fatto che suor ZZZZZ stava attendendo una persona, ma non le era stato specificato chi fosse ed aggiunse che aveva ricevuto ordini precisi di far accomandare tale persona sul corridoio antistante la sala di ricevimento delle famiglie quando queste si recavano a ricevimento presso i docenti; la cosa mi risultò piuttosto insolita, dal momento che sapevo che i colloqui non avvenivano lì, quantomeno non i colloqui tra il personale e la dirigenza; mi recai nel luogo indicatomi dalla portinaia e restai in attesa per circa 5-10 minuti, non credo di più; in quel lasso di tempo ebbi modo di sentire provenire dall'altra parte del corridoio delle voci che fuoriuscivano dalla segreteria; non ero, tuttavia, in grado di percepire il senso delle frasi; riconobbi però la voce di suor ZZZZZ; quest'ultima dopo una decina di minuti circa uscì dalla segreteria, mi venne incontro, mi salutò; aprì la porta della sala di ricevimento, mi fece accomodare e chiuse la porta dietro di sé; faccio presente come quella porta sia di norma chiusa a chiave; Suor ZZZZZ incominciò parlando del più e del meno; mi disse qualcosa a proposito della sua salute; mi chiese della mia; successivamente prese a rinnovarmi i suoi complimenti circa il mio operato quale docente di arte presso l'Istituto; io la ringraziai e colsi l'occasione per metterla a conoscenza dei primi risultati raggiunti negli esami PAS atteso che le valutazioni erano risultate tutte più che positive; lei ne fu contenta, tuttavia mi disse che l'oggetto della nostra conversazione era di tutt'altra natura; lei mi aveva chiesto di passare lì a scuola poiché era venuta a conoscenza di alcune voci secondo le quali io avevo una compagna con la quale intrattenevo una relazione affettiva-sentimentale e con la quale vivevo assieme; io rimasi letteralmente basita; la suora proseguì dicendo che il problema non era tanto quello di avere dei compagni, ma la natura dei rapporti che si intrattenevano con essi, dal momento che

lei dirigeva un istituto religioso nel quale si trovavano dei minori che lei doveva assolutamente tutelare; io balbettai qualcosa circa l'assoluta estraneità di queste voci, dal momento che la cosa mi giungeva assolutamente nuova; suor ZZZZZ mi interruppe dicendomi che per risolvere il problema sarebbe stato sufficiente che io confermassi o negassi queste voci, così da garantire una continuità professionale presso l'Istituto; a quel punto cominciai a capire qual era esattamente il senso delle parole della suora e le risposi che non ero assolutamente tenuta a rispondere alle sue domande e che il problema non era la mia presunta omosessualità, ma che lei si permettesse di pormi simili domande, le quali devono riguardare unicamente la sfera privata delle persone; le dissi, pertanto, che io non ero tenuta né a confermare né a negare e che anzi mi ritenevo molto dispiaciuta del fatto che lei avesse inteso convocarmi in istituto per rispondere a simili domande; suor ZZZZZ si arrabbiò molto; il suo tono si fece più concitato; ella insisteva nel fatto che io avrei dovuto assolutamente rispondere, dal momento che non rispondere a quella domanda equivaleva ad asserire di essere omosessuale; a quel punto io le feci presente che non avevo intenzione di essere lì ad essere ulteriormente umiliata e che per quanto mi riguardava la conversazione poteva chiudersi lì, dal momento che la suora aveva evidentemente già deciso il mio futuro professionale volendo dare peso a queste voci, a sostenere la sua posizione circa l'ordinamento dell'Istituto; io feci per alzarmi; la suora, che evidentemente non si aspettava questa reazione da parte mia, mi chiese di fermarmi ancora e tentò di nuovo di avere un tono e dei modi più affabili; mi disse nuovamente che aveva problemi come dirigente dell'Istituto a rinnovare il contratto ad una persona ritenuta omosessuale e che tuttavia lei in particolare sarebbe stata disponibile a chiudere un occhio nei miei confronti qualora io mi fossi impegnata a risolvere il problema, cominciando con ciò ad alludere al fatto che l'omosessualità è un problema, una malattia o comunque qualcosa che vi è la necessità di curare; a quel punto io le dissi fermamente che non avrei mai, mai e poi mai risposto alla sua domanda, anche a costo di perdere il posto di lavoro, perché è un mio diritto mantenere la privacy circa la mia vita privata, la quale non deve essere oggetto di alcun datore di lavoro; le dissi anche che l'inquisizione era terminata secoli prima; a quel punto suor ZZZZZ si arrabbiò molto, alzò la voce e mi disse: "come si permette? Lei è ancora una nostra dipendente"; io feci un sorriso amaro e le dissi che lei si sbagliava su questo, dal momento che da 15 giorni a quella parte io ero in stato di disoccupazione, cosa che avveniva tutti gli anni per via della tipologia di contratto a tempo determinato; a quel punto mi alzai e la lasciai seduta nella sala; sentii che continuava a borbottare qualcosa, ma io ero decisa ad andarmene e così feci".

Convenuto: "in quel periodo in cui è avvenuto il fatto io ero impegnata nel capitolo generale della congregazione che vedeva riuniti tutti i rappresentanti delle varie nazioni per l'elezione della nuova generale e del suo consiglio; per tale ragione io non potevo assentarmi; io ho appreso del fatto attraverso i giornali e gli altri media; ciò, in quanto ero presente, quando la madre provinciale suor Erminia Morelli, presente con me al capitolo generale, chiese il silenzio stampa; tutto ciò è quanto io so di scienza diretta; come detto, tutto il resto io ho appreso dalle notizie di stampa; quanto al rapporto di lavoro io posso dire che personalmente ho fatto un contratto di consulenza esterna con la signora XXXX nell'anno 2012; era in programma un progetto di revisione di quella che era la gestione e l'amministrazione della scuola; essendoci stato un cambio di amministrazione, mi premeva in particolare che l'aspetto concernente il rapporto di lavoro rispecchiasse veramente quello che il contratto AGIDAE prevede e ciò in tutte le sue fasi, dall'assunzione fino all'estinzione del rapporto di lavoro; in tutte le nostre scuole in Italia la prassi che sosteniamo ed alla quale siamo fedeli è quella di passare per l'assunzione attraverso il primo colloquio con la preside o comunque la responsabile del settore interessato, successivamente col gestore che si identifica generalmente con la superiora (nel caso concreto suor ZZZZZ) e successivamente ancora con l'amministratore e ciò affinché la persona che intratteneva il colloquio ai fini dell'assunzione avesse un quadro chiaro e completo di quanto veniva richiesto; sempre per prassi, alla fine di questi tre colloqui, vi era una sospensione temporale affinché le tre persone coinvolte potessero confrontarsi tra loro riguardo alle varie persone che avevano esaminato e potessero scegliere quella più idonea, anche con riferimento all'identità specifica delle nostre scuole, le quali contengono uno specifico progetto religioso-educativo; su quest'aspetto dell'identità della scuola il gestore è il primo responsabile al fine di assicurare il rispetto di esso; per quanto conosco io suor ZZZZZ, nel frattempo deceduta, posso riferire come ella fosse una persona molto appassionata nella scuola, non solo nella veste di gestore, ma anche in quella di preside; ribadisco come ella avesse non solo la responsabilità ma anche il dovere di vigilare affinché il progetto educativo fosse rispettato; faccio peraltro presente come il contratto AGIDAE, il quale si riferisce a tutte le scuole dipendenti dall'autorità ecclesiastica, individua tra i documenti di assunzione l'accettazione da parte di tutto il personale, non solo docente ma anche non docente, del progetto educativo ed il rispetto di esso. Con riferimento a quanto riferito in sede di interrogatorio della ricorrente escludo che corrisponde al vero la circostanza che quella sala sia sempre chiusa; essa, al contrario, è sempre aperta; si tratta, invero, di una sala di accesso che, ove fosse chiusa, impedirebbe l'accesso alle suore".

La circostanza che suor ZZZZZ ebbe a porre nel corso del colloquio insistenti domande circa l'inclinazione sessuale della XXXXX ed a ritenere la sua (del tutto presunta) omosessualità in contrasto con la matrice cattolica della scuola paritaria da lei diretta trova inequivoca conferma nelle plurime



dichiarazioni rese dalla medesima suor ZZZZZ a vari organi di stampa, che sono state allegate al ricorso e sono rimaste prive di contestazione da parte del convenuto. Valga richiamare, per tutte, l'intervista pubblicata sul quotidiano trentino "L'Adige" in data 24.10.2014 (recante il sottotitolo "Prof lesbica non confermata? Lo rifarei"): "Quest'estate lei non ha confermato il contratto ad una docente lesbica, che lavorava nella scuola media del Sacro Cuore. Pentita? O lo rifarebbe?" "quello è stato un temporale estivo, conclusosi in maniera tranquilla. E' come aver dato una mano di lucido all'istituzione. Oggi sono convinta più di prima che sia stata fatta la scelta giusta. Non c'è stata discriminazione. Lo ha confermato anche la Provincia (ho avuto dei colloqui ufficiali con il governatore Rossi). La docente non è stata cacciata. Il suo contratto era scaduto. Ho ricevuto tantissime email e telefonate di sostegno di genitori. Io avevo sentito delle eco su di lei da parte di famiglie e colleghi insegnanti. Ho voluto sentire la docente, chiedendo una smentita che non è arrivata. Ho avuto la conferma di una tipologia di persona non adatta a questo ambiente. E' una persona che ha una sua identità e che si dovrebbe collocare da sola in un posto a lei adatto. E' come se una donna che volesse abortire si rivolgesse all'ospedale (cattolico) San Camillo. So che la mia decisione ha causato anche dei mal di pancia, ma la cosa andava fatta. Io a scuola le cose voglio semplificarle, non complicarle".

L'intervista non risulta essere stata oggetto di smentita e si pone, come prima anticipato, sulla stessa linea di plurimi altri interventi resi dalla religiosa tra l'estate e l'autunno del 2014 su organi mediatici.

La circostanza secondo la quale il gestore dell'Istituto suor ZZZZZ avrebbe "sentito delle eco su di lei da parte di famiglie e colleghi insegnanti" appare niente più che una giustificazione difensiva a posteriori, tenuto conto che – a fronte di un totale silenzio nel comunicato stampa dell'Istituto dd. 17.7.2014 – la versione emerge per la prima volta solo nel comunicato del 21.7.2014.

Tale cambio di impostazione da parte dell'Istituto è stato ben colto dai giornali dell'epoca. Si confronti, ad es., articolo del 22.7.2015 del quotidiano "Trentino": "Al quarto giorno da quando il caso della docente non confermata al Sacro Cuore perché «sospettata» di essere lesbica, arriva la quarta versione dell'Istituto scolastico. «Varie persone avevano espresso lamentele riguardo ai discorsi dell'insegnante sulla sessualità, considerandoli inopportuni, fuori luogo e non compatibili con l'ambiente scolastico», scrive la scuola in una nota diffusa ieri mattina ...".

Alla luce di quanto sin qui sintetizzato, appare in tutta chiarezza come il punto centrale del colloquio del 16.7.2014 fosse stato per suor ZZZZZ quello dell'orientamento sessuale della XXXXX.

Ciò ha determinato una patente violazione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 2, comma 1 D.L.vo 216/03, secondo cui "Ai fini del presente decreto e salvo quanto disposto dall'articolo 3, commi da 3 a 6, per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta a causa della religione, delle convinzioni personali, degli handicap, dell'età o dell'orientamento sessuale. Tale principio comporta che non sia praticata alcuna discriminazione diretta o indiretta, così come di seguito definite: a) discriminazione diretta quando, per religione, per convinzioni personali, per handicap, per età o per orientamento sessuale, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga ...".

La tesi di parte convenuta secondo la quale la fattispecie rientrerebbe nella clausola di salvaguardia prevista dai commi da 3 a 6 dell'art. 3 per le cd. organizzazioni di tendenza non può essere accolta, dal momento che nel caso qui in esame è stata perpetrata una discriminazione per orientamento sessuale e non per motivi religiosi. Da ciò discende che non possono ritenersi operanti le limitazioni ed eccezioni al principio generale previste dal comma 3 ("nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza e purché la finalità sia legittima") e dal comma 5 ("non costituiscono atti di discriminazione ai sensi dell'articolo 2 le differenze di trattamento basate sulla professione di una determinata religione o di determinate convinzioni personali che siano praticate nell'ambito di enti religiosi o altre organizzazioni pubbliche o private, qualora tale religione o tali convinzioni personali, per la natura delle attività professionali svolte da detti enti o organizzazioni o per il contesto in cui esse sono espletate, costituiscano requisito essenziale, legittimo e giustificato ai fini dello svolgimento delle medesime attività", atteso che l'orientamento sessuale di un'insegnante – per di più di educazione WWWWWW quale era la ricorrente – è certamente estraneo alla tendenza ideologica dell'Istituto.

Ciò senza considerare che anche per le organizzazioni di tendenza i margini di manovra sono piuttosto limitati, come riconosciuto, ad es., dalla sentenza 23 settembre 2010, proc. 1620/03 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che ha considerato illegittimo il licenziamento operato da una parrocchia della Chiesa cattolica di Essen (Germania) nei confronti del proprio organista dopo che questi aveva divorziato e aveva avuto un figlio da un'altra relazione.

Deve dunque affermarsi che la ricorrente ha subito una condotta discriminatoria tanto nella valutazione di professionalità, quanto nella lesione all'onore.

Nessun dubbio può sorgere, invero, circa il fatto che il colloquio del 16.7.2014 avesse ad oggetto una possibile conferma dell'incarico di insegnamento anche per l'anno successivo, posto che non si comprenderebbe altrimenti la ragione per cui – a fronte di un contratto scaduto il precedente 30.6.2014 – la responsabile dell'Istituto si sarebbe preoccupata di convocare la XXXXX presso la scuola.

Parimenti è incontestabile che l'ampia risonanza mediatica della vicenda abbia leso l'onore della ricorrente, la quale si è vista costretta a prendere pubblica posizione a difesa del diritto costituzionalmente tutelato alla libera espressione della sua identità sessuale.

Tali conclusioni non consentono, tuttavia, di accogliere nella loro interezza le pretese della ricorrente XXXXX.

In particolare, non può accedersi alla richiesta di condannare l'Istituto convenuto a formulare un'offerta di lavoro a tempo indeterminato, non essendovi in atti alcun elemento anche solo di tipo presuntivo idoneo a far ipotizzare che lo sbocco dei plurimi incarichi di insegnamento avuti negli anni precedenti sarebbe stato quello di un'assunzione in via definitiva. A diversa conclusione deve, invece, pervenirsi in riferimento alla perdita di chance di assunzione a tempo determinato per i successivi anni scolastici.

La XXXXX era stata ininterrottamente incaricata dell'insegnamento della materia di educazione artistica a partire dall'anno scolastico 2009. E' ben vero, come osservato dal convenuto, che ciò non determinava un diritto o un'aspettativa alla conferma del contratto per gli anni successivi. Tuttavia la XXXXX aveva certamente la fondata chance di vedersi offrire nuovi incarichi, anche perché l'originario difetto della cd. abilitazione PAS o la mancanza di una domanda scritta non costituivano certo ostacoli insuperabili alla stipula di un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato.

Parimenti non può essere attribuito rilievo alla perdita di fiducia nei confronti della XXXXX che sarebbe derivata all'Istituto convenuto a seguito del colloquio del 16.7.2014 dal momento che, ancora una volta, la presunta omosessualità dell'insegnante nulla aveva a che vedere con la sua adesione o meno al progetto educativo della scuola.

Tenuto conto dell'importo dei pregressi contratti (pari a circa 10.000 euro per anno scolastico), appare equo determinare in € 10.000, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, l'importo da riconoscere alla ricorrente a titolo di danno patrimoniale da condotta discriminatoria nella valutazione di professionalità.

Il danno non patrimoniale all'onore della ricorrente va, invece, quantificato in € 15.000 (sempre espressi in moneta attuale), tenuto conto della già sottolineata ampia risonanza mediatica della vicenda, dell'ostinata reiterazione delle affermazioni offensive e dell'assenza di qualsivoglia forma di risipiscenza.

Il riconoscimento di una tutela di tipo solo economico esclude la necessità – o anche solo l'utilità – di disporre il piano di rimozione richiesto al punto D) delle conclusioni attoree.

L'Istituto va, invece, condannato, ai sensi del comma 7 dell'art. 28 D.L.vo 150/2011, a pubblicizzare adeguatamente – ed omettendo ogni riferimento al nominativo della ricorrente – la presente ordinanza sui quotidiani locali "L'Adige" e "Trentino", come richiesto al punto C) delle conclusioni.

### **Discriminazione collettiva**

L'eccezione di carenza di legittimazione formulata dal convenuto va disattesa, non essendo dubbio:

- a) che sia la CGIL del Trentino che l'Associazione radicale Certi diritti costituiscono organizzazioni rappresentative dell'interesse leso;
- b) che in ricorso sono state lamentate condotte discriminatorie non solo nei confronti della XXXXX, ma anche dell'indistinta platea dei lavoratori interessati a non subire discriminazioni in ragione della loro identità sessuale.

Nel merito la pretesa va accolta, dal momento che la condotta posta in essere dall'Istituto attraverso la sua legale rappresentante – con particolare riferimento alle dichiarazioni rese agli organi mediatici dopo il colloquio del 16.7.2014 – ha colpito non solo la ricorrente, ma anche ogni lavoratore potenzialmente interessato all'assunzione presso l'Istituto.

Secondo quanto già ritenuto dalla Corte d'appello di Brescia nella sentenza 11.12.2014, invero, "il contenuto discriminatorio di una condotta lesiva delle disposizioni normative in discussione va valutato in considerazione del pregiudizio, anche soltanto potenziale, che una categoria di soggetti potrebbero subire in termini di svantaggio o di maggiore difficoltà, rispetto ad altri non facenti parte di quella categoria, nel reperire un bene della vita, quale l'occupazione".

Affermata, quindi, l'esistenza anche di una discriminazione collettiva, appare equo quantificare in € 1.500 per ciascun ente l'importo da porre a carico del convenuto a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale.

### **Spese**

Le spese, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono la soccombenza.

## P.Q.M.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Rovereto, visto l'art. 28 D.L.vo 150/2011 accertata la natura discriminatoria, tanto individuale che collettiva, della condotta posta in essere dal convenuto a decorrere dal 16.7.2014, condanna lo stesso:

- a) al pagamento in favore della ricorrente XXXXX dell'importo di € 25.000, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, a titolo di risarcimento danni patrimoniali e non patrimoniali;
- b) al pagamento in favore dei rimanenti ricorrente di un importo pari ad € 1.500 ciascuno, oltre interessi legali dalla data odierna al saldo, a titolo di risarcimento danni non patrimoniali;
- c) a pubblicizzare adeguatamente – ai sensi del comma 7 dell'art. 28 D.L.vo 150/2011 ed omettendo ogni riferimento al nominativo della ricorrente – la presente ordinanza sui quotidiani locali "L'Adige" e "Trentino";
- d) al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in € 4.000 oltre I.V.A., C.N.P.A. e 15% in favore della ricorrente XXXXX ed in € 1.800 complessivi, oltre I.V.A., C.N.P.A. e 15%, in favore dei rimanenti ricorrenti.

Rovereto, 21 giugno 2016

*Il Giudice*  
dott. Michele Cuccaro

## Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Brescia, prima sezione

## Sentenza del 29 dicembre 2016, n. 1791

UNIONE CIVILE – COSTITUZIONE – PROVVEDIMENTO DELL'ENTE COMUNALE – TRATTAMENTO DIFFERENZIATO RISPETTO AL MATRIMONIO (PRESCRIZIONE DELL'UTILIZZO DI UNA STANZA, ADIACENTE ALL'UFFICIO ANAGRAFE, DIVERSA DALLA SALA DI RAPPRESENTANZA DEL MUNICIPIO RISERVATA ALLA CELEBRAZIONE DEI MATRIMONI CIVILI) – CLAUSOLA GENERALE DI EQUIVALENZA FRA UNIONE CIVILE E MATRIMONIO DI CUI ALL'ART. 1, COMMA 20, LEGGE N. 76 DEL 2016 – VIOLAZIONE – DISPOSIZIONI DEL REGOLAMENTO COMUNALE PER LA CELEBRAZIONE DEI MATRIMONI CIVILI – APPLICAZIONE DIRETTA ALL'UNIONE CIVILE

È illegittimo l'atto comunale che introduce un trattamento differenziato rispetto al matrimonio in relazione alle modalità di costituzione del vincolo (prescrizione dell'utilizzo di una stanza, adiacente all'ufficio anagrafe, diversa dalla sala di rappresentanza del municipio riservata alla celebrazione dei matrimoni civili), in quanto in violazione della clausola generale di equivalenza fra unione civile e matrimonio di cui all'art. 1, comma 20, legge n. 76 del 2016 e non in linea con il vigente quadro normativo che pone l'unione civile in una posizione analoga al matrimonio nei tratti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo sia per quanto riguarda la relazione interpersonale e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività. In forza del detto art. 1, comma 20, legge n. 76 del 2016 alla costituzione dell'unione civile debbono difatti applicarsi le disposizioni del regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili.

*Riferimenti normativi:* art. 1, comma 20, legge n. 76 del 2016; artt. 8 e 14 CEDU

REPUBBLICA ITALIANA

Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia  
Brescia, Sezione I

Sentenza 29 dicembre 2016, n. 1791

Presidente ed Estensore: Calderoni

## Fatto

- I. Con l'atto introduttivo del giudizio, depositato il 22 novembre 2016, i ricorrenti, Signor G. e Signor I. - che dichiarano di essere conviventi more uxorio e di risiedere da undici anni in Comune di Stezzano - espongono in fatto che il pomeriggio del giorno 4 ottobre 2016 il Signor G. (il quale si era rivolto all'ufficio servizi demografici di quel Comune onde avere delucidazioni sulla documentazione da predisporre in vista della costituzione di una unione civile con il sig. I., ai sensi della l. 76/2016) fu informato da un'impiegata di quell'ufficio, oltre che dei documenti a ciò necessari, anche della circostanza che "con deliberazione assunta qualche giorno prima, la giunta comunale aveva disposto che le unioni civili fossero costituite in una stanza adiacente a quell'ufficio"; stanza che gli fu poi mostrata.

Il Sig. G. fece rilevare immediatamente "come la stanza mostratagli, angusta e indecorosa, non fosse affatto idonea ad accogliere la cerimonia di costituzione dell'unione quale se l'era prefigurata con il compagno, alla presenza di parenti e amici, e come essa fosse assai diversa dalla sala di rappresentanza del municipio riservata alla celebrazione dei matrimoni civili".

Quindi, i ricorrenti chiesero e ottennero di prendere visione della delibera in questione e di ogni precedente in materia di matrimonio civile adottato dal Comune di Stezzano, tra cui:



- deliberazione di giunta 29 ottobre 2010, n. 125, che aveva esteso la facoltà di celebrazione dei matrimoni, oltre che nella casa comunale costituita da Villa Grumelli Pedrocca, in altre due dimore storiche, Villa Caroli Zanchi e Villa Moroni, site entrambe all'interno del territorio comunale;
- deliberazione del consiglio comunale 1° giugno 2011, n. 29, di approvazione di un apposito regolamento per la disciplina della celebrazione del matrimonio civile, a norma del quale si destinava, per la celebrazione dei matrimoni nella casa comunale, la sala di rappresentanza del palazzo; in particolare, all'art. 7 di tale regolamento si stabiliva che "nelle celebrazioni nelle sale comunali il Comune garantisce che la sala sia allestita con un tavolo, un numero adeguato di sedie per gli sposi ed i testimoni e i divani abitualmente presenti nel locale. I richiedenti possono, a propria cura e spese, arricchire la sala con ulteriori arredi ed addobbi che, al termine della cerimonia, dovranno essere tempestivamente ed integralmente rimossi, sempre a cura dei richiedenti";
- successiva deliberazione della giunta comunale n. 66 del 23 aprile 2015, con cui furono stabilite le tariffe per la celebrazione dei matrimoni civili introducendo un distinguo di costi tra persone residenti e non residenti, i primi onerati della somma di Euro 50 per la celebrazione a palazzo comunale ed Euro 100 per quelle a Villa Caroli Zanchi e Villa Moroni; i secondi, invece, rispettivamente, delle somme di Euro 150 ed Euro 250.

Infine, con l'impugnata deliberazione 27 settembre 2016, n. 199, la Giunta comunale adottò un atto di indirizzo per la "celebrazione delle unioni civili", in cui si prevede la possibilità d'una cerimonia di costituzione delle unioni a Villa Caroli Zanchi e a Villa Moroni (al medesimo costo previsto per la celebrazione del matrimonio civile), limitando tuttavia la costituzione delle unioni civili, nel palazzo municipale, al locale sopramenzionato, adiacente all'ufficio servizi demografici: locale che, dopo alcuni articoli apparsi sulla stampa e su siti internet, è stato svuotato e modificato negli arredi.

Ritenendo, tuttavia, quest'ultimo intervento non sufficiente a emendare la stessa delibera giuntale da violazione di legge e conseguenze discriminatorie, i ricorrenti ne chiedono l'annullamento, previa sospensione, deducendo, in sintesi, le seguenti censure:

- a) eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, manifesta ingiustizia del provvedimento impugnato e sua inadeguatezza a modificare una precedente deliberazione del consiglio comunale: previo richiamo all'art. 1 della l. 76/2016 (secondo cui "La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione...") e alla sentenza 10 maggio 2011, in causa C-147, Römer della Corte di Giustizia - Grande Sezione, i ricorrenti sostengono:
  - che sussisterebbe l'equiordinazione valoriale (nello Stato laico) del matrimonio eterosessuale all'unione omosessuale;
  - che non sarebbe consentito a una pubblica amministrazione di discriminare due soggetti in ragione dei loro orientamenti sessuali;
  - non vi sarebbe alcuna valida ragione organizzativa tale da giustificare la scelta di assegnare alle due (costituzionalmente equiordinate) funzioni dell'ufficio dello stato civile due differenti stanze;
  - che tale scelta contrasterebbe con i canoni di "buon andamento" e "imparzialità" dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost.; con il combinato disposto degli artt. 8 ("diritto al rispetto della vita privata e familiare") e 14 ("divieto di discriminazione") della CEDU; con gli artt. 1 della Carta dei diritti fondamentali UE sull'inviolabilità della dignità umana e 21 sul divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale;
  - che l'impugnata deliberazione di giunta contrasterebbe con quella consiliare del 2011 e che competente a disciplinare la costituzione dell'unione civile sarebbe, ex art. 42, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 267/2000, lo stesso Consiglio comunale;
  - che la stessa deliberazione giuntale non si risolverebbe in una mera misura logistica relativa al palazzo municipale, ma determinerebbe le modalità di esercizio di una funzione, stabilendo che la celebrazione delle unioni civili sia effettuata da soggetti (i consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità dei consiglieri, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile) differenti da quello (sindaco) cui è attribuito il compito di officiare i matrimoni eterosessuali;
- b) violazione degli artt. 2 e 3 Cost., stante lo svolgimento della pubblica funzione de qua secondo modalità differenti e deteriori rispetto a quella riservata a persone con orientamento eterosessuale, cui è concessa la possibilità di accedere ad altri e più pregevoli spazi loro riservati, mentre il nuovo istituto delle unioni civili sarebbe permeato dal medesimo fondamento solidaristico del matrimonio, come si evincerebbe dalla recente sentenza Corte cost. n. 174/2016 (punto 3.2);
- c) mancato rispetto del disposto del comma 20 della l. 76/2016, che recita: "Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli

atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti").

Il legislatore non avrebbe inteso estendere il matrimonio civile alle coppie formate da persone dello stesso sesso, ma avrebbe scelto di riservare a esse un nuovo istituto (l'unione civile), pur nella consapevolezza che, stante la pari dignità sociale di ogni forma di relazione familiare (da tempo affermata sia dalla Corte costituzionale sia dalle Corti sovranazionali), non avrebbe potuto introdurre un trattamento discriminatorio tra le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Di qui, la disposizione recata dal surriportato comma 20, il quale - ferma restando la non equiparazione tra i due istituti - determinerebbe esclusivamente «la piena e, per così dire, "rapida" regolamentazione di quello nuovo» al fine di porlo al riparo da trattamenti deteriori rispetto al matrimonio civile: con la conseguenza, rispetto al caso di specie, che il "Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili" del Comune di Stezzano si applicherebbe inderogabilmente - stante la suddetta fonte normativa di rango superiore - anche alla costituzione delle unioni civili, cosicché «la circostanza che il luogo individuato per la costituzione delle unioni civili sia diverso da quello assegnato ai matrimoni civili dall'art. 3 del citato regolamento rende, ex se, illegittima la delibera di giunta comunale n. 199/2016".

- II. Il Comune di Stezzano si è costituito in giudizio il 9 dicembre 2016, depositando documentazione e memoria difensiva, in apertura della quale sostiene che "il ricorso avverso è privo di fondamento perché si basa in primo luogo su una erronea lettura del provvedimento impugnato", in quanto sarebbe evidente:

- «che nella delibera in esame si tengono sempre distinte le parole "celebrazione", intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali, di cui al Libro Primo, Sezione IV, artt. 106 e seguenti del Codice Civile, e "costituzione di unione civile", intesa come unione fra persone dello stesso sesso, di cui alla legge n. 76 del 2016»;
- «che il contenuto della delibera della G.M. n. 199/2016 si applica ad entrambi gli istituti e non soltanto alle unioni fra omosessuali, come sostengono i ricorrenti, forse fuorviati da un dato testuale non adeguatamente esplicito»: dunque, la disposizione relativa all'ufficio servizi demografici si applicherebbe anche alla celebrazione dei matrimoni fra persone eterosessuali, tanto è vero che è prevista la celebrazione dei matrimoni civili e della costituzione delle unioni civili proprio nella sala dedicata, attigua all'ufficio servizi demografici, come risulterebbe dalla documentazione prodotta.

In ogni caso - prosegue il Comune - "l'interpretazione del contenuto della delibera in questione non può che essere quella che oggi il Comune ribadisce nelle presenti difese".

In secondo luogo, i ricorrenti censurerebbero la delibera de qua sotto un profilo del tutto inconferente, in quanto è pacifico che competa "al Sindaco (e non al Consiglio comunale) il potere di delegare, come per i matrimoni fra persone eterosessuali, per la costituzione delle unioni civili fra persone eterosessuali, un soggetto diverso da sé, ovvero i "consiglieri comunali che abbiano dato la propria disponibilità o il dipendente comunale a cui siano state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato Civile", ai sensi e per gli effetti degli artt. 1 e seguenti del D.P.R. n. 396/2000".

Dunque, la delibera di Giunta non farebbe che confermare la delega del Sindaco, non potendo per questo essere ritenuta illegittima.

In terzo luogo, la delibera impugnata non violerebbe la competenza del Consiglio comunale in materia, proprio perché in forza dell'art. 3 del d.P.R. n. 396/2000 la Giunta ha specifica competenza per istituire o sopprimere uno o più separati Uffici dello Stato Civile, nel cui ambito può regolare il funzionamento degli uffici con i relativi servizi, senza dover ricorrere ogni volta a una previa delibera del Consiglio comunale (come testimonierebbero "i numerosi precedenti di delibere di Giunta comunale - di altri Comuni - in materia", pure prodotti).

Nemmeno potrebbe essere accolta la censura formulata dai ricorrenti circa la scelta del Sindaco di delegare ad altri la celebrazione dei matrimoni e della costituzione delle unioni civili, essendo tale facoltà di delega stata riconosciuta dal Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, nell'adunanza del 15 luglio 2016.

- III. All'odierna Camera di consiglio del 14 dicembre 2016, alla quale era chiamata per la decisione la domanda cautelare proposta dai ricorrenti, il Collegio ha informato i difensori presenti dell'intenzione di procedere ex art. 60 c.p.a., in ragione dell'obiettiva rilevanza della controversia: dopodiché, terminata la discussione orale tra gli stessi difensori, la causa è stata trattenuta in decisione per la definizione immediata del giudizio, seppur con sentenza non propriamente semplificata, stante la peculiarità della questione trattata.

## Diritto

### 1. Il quadro giuridico complessivo in tema di unioni civili.

Per una migliore organicità espositiva, alla concreta disamina della fattispecie dedotta in causa occorre premettere un indispensabile riepilogo del complessivo quadro giuridico in cui essa si colloca.

#### 1.1. Le sollecitazioni di Corte costituzionale e Corte EDU.

Come è noto, prima nel 2010 (sentenza n. 138) e poi nel 2014 (sentenza n. 170), la Corte costituzionale aveva sollecitato il Parlamento a garantire con legge il diritto delle coppie dello stesso sesso ad ottenere la formalizzazione della loro unione, consentendo loro di ricondurre a un rapporto giuridicamente regolato dallo Stato il desiderio di vivere liberamente una condizione di coppia.

L'anno successivo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha accertato la violazione dell'art. 8 della Convenzione da parte dell'Italia, per aver omesso di adottare una legislazione diretta al riconoscimento e alla protezione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso (sentenza 21 luglio 2015, caso Oliari e a. contro Italia, nei ricorsi riuniti n. 18766/11 e 36030/11) e ha riconosciuto, a carico dello stato italiano, un risarcimento di Euro 5.000,00 ad ogni ricorrente, per i danni non patrimoniali sofferti.

La Corte, richiamando la propria giurisprudenza in tema di diritti delle coppie same sex (Corte EDU, 24 giugno 2010, Schalk and Kopf e Vallianatos c. Austria), ha ribadito che le coppie formate da persone dello stesso sesso hanno la medesima capacità di dare vita ad una relazione stabile e hanno il medesimo bisogno di riconoscimento e di protezione della propria unione di quelle formate da persone di sesso diverso.

La Corte richiama, poi, a supporto anche la citata sentenza Corte costituzionale n. 138/2010 (par. 180) e la sentenza 9 febbraio 2015, n. 2400 della Corte di cassazione (par. 45).

La Corte riconosce tuttavia (par. 159 e par. 162) che, nell'applicare le misure positive per assicurare il rispetto effettivo dei diritti tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento.

Invero, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, se per un verso il diritto al matrimonio può essere riconosciuto alle persone dello stesso sesso sulla base di una scelta riservata ai singoli Stati (Corte europea dei diritti dell'uomo, 15 marzo 2012, Gas e Dubois c. Francia), per altro verso, la Convenzione garantisce alle coppie dello stesso sesso di disporre di uno specifico quadro giuridico per il riconoscimento e la tutela delle unioni omosessuali.

E anche la Corte costituzionale aveva ritenuto non «costituzionalmente obbligata», in riferimento all'art. 29 Cost., l'introduzione del matrimonio per coppie dello stesso sesso (ancora sent. 138/2010).

#### 1.2. La legge 76/2016.

Tenendo conto di tali indicazioni, con la l. 76/2016 il legislatore italiano non ha percorso la via del matrimonio egualitario (pure intrapresa da diversi paesi europei) e ha optato, invece, per la soluzione presente in altri paesi europei, i cui ordinamenti contemplano un istituto analogo al matrimonio, ma da esso formalmente distinto (partnership variamente denominate, che nella legge 76 sono state definite "unioni civili").

Secondo Cassazione penale, sez. I, 27 giugno 2016, n. 44182, "la finalità perseguita dal legislatore con tale nuova regolamentazione è quella di parificare, pur distinguendo le relative discipline positive e specifiche, la nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente" (capo 3 in diritto).

Di seguito si analizzeranno brevemente tali analogie e distinzioni.

#### 1.3. Analogie e differenze tra gli istituti del matrimonio e dell'unione civile.

In linea generale può riprendersi l'osservazione contenuta in uno dei primi commenti dottrinali alla legge 76 e secondo cui l'unione civile è istituto che condivide con il matrimonio i tratti essenziali, sia per quel che riguarda il momento costitutivo (il profilo dell'«atto»), sia per quanto riguarda la relazione interpersonale (il profilo del «rapporto») e la rilevanza nei confronti dei terzi e della collettività.

Invero, passando a una rapida esemplificazione:

- complessivamente analoghi al matrimonio sono il regime dell'invalidità per mancanza di presupposti soggettivi (libertà di stato, assenza di vincoli di parentela e affinità, assenza dell'impedimento ex delicto) o per vizi derivanti dalla mancata espressione di un consenso libero e consapevole; e identica è anche la disciplina dei termini per proporre la relativa azione;

- anche gli effetti dell'unione nei rapporti tra i partner sono disciplinati sulla falsariga di quelli propri del matrimonio, con esclusione delle norme relative ai rapporti tra genitori e figli e alla separazione personale dei coniugi;
- per quanto riguarda i rapporti patrimoniali e successori, gli obblighi alimentari, l'istituto dell'amministrazione di sostegno e il rapporto di lavoro, si applicano le norme previste per i coniugi: ed è prevista anche la facoltà di scelta del cognome comune;
- anche per quanto riguarda i reciproci diritti e doveri (assistenza morale e materiale, coabitazione, contribuzione), sussiste analogia con quanto previsto per i coniugi dagli artt. 143, 144, 145 c.c.

Tutto ciò emerge dalla stessa tecnica legislativa seguita dalla legge 76, che costruisce la disciplina dell'unione civile mediante ripetuti rinvii, quasi per relationem, a quella codicistica del matrimonio, come osservato questa volta in altro commento dottrinale che adduce quale esempio paradigmatico in tal senso l'art. 1, comma 5 (secondo il quale «si applicano gli artt. 65 e 68, nonché le disposizioni di cui agli articoli 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del codice civile»).

Ma proprio questa tecnica sta a marcare anche la principale differenza, sotto il profilo formale, tra unione civile e matrimonio, in quanto essa sottolinea la scelta di affidare la disciplina delle unioni civili a una legge speciale, anziché farvi posto nel codice civile.

Con l'ulteriore conseguenza che ogni mancato richiamo alle disposizioni codicistiche segna anche una differenza tra le rispettive discipline dei due istituti, come nel caso del mancato richiamo all'art. 78 c.c., che comporta - ancora secondo la prevalente opinione dottrinale - una differenza tra gli status di coniuge e di unito civilmente, in quanto sarebbe da escludere che l'unione civile generi il vincolo di affinità tra ciascuna parte ed i parenti dell'altra.

Altra differenza riguarda l'età: solo il maggiorenne può contrarre unione civile.

Infine, le principali differenze tra matrimonio e unione civile concernono lo scioglimento del vincolo: nell'unione civile, infatti, non è prevista alcuna forma di separazione legale, ma soltanto il divorzio.

#### 1.4. In particolare: la costituzione del vincolo.

Differenze tra matrimonio e unione civile si registrano anche per quanto riguarda sia il procedimento di costituzione del vincolo (per l'unione è omessa la fase delle pubblicazioni e delle eventuali opposizioni), sia la celebrazione (oltre alla dichiarazione delle parti, non è prevista per l'unione quella dell'ufficiale di stato civile): ma identica è la natura giuridica dell'atto costitutivo. Invero, anche la costituzione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso avviene mediante atto formale e pubblico (dichiarazione del consenso manifestato dalle parti «di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni»), successivamente registrato dallo stesso ufficiale di stato civile nell'archivio di stato civile.

Mentre è pacifico che nel sistema della legge 76 rivesta natura contrattuale solo l'istituto, nettamente distinto dall'unione civile, del contratto di convivenza, contratto tipico, con propri requisiti sostanziali e formali, introdotto e disciplinato dai commi 50 e seguenti dell'articolo unico della legge 76.

## 2. L'art. 1, comma 20: chiave di volta e norma di chiusura della disciplina dell'unione civile.

Così come è pacifico - nelle prime esegesi, dottrinali e giurisprudenziali, della medesima legge 76 - che il comma 20 dello stesso articolo unico (qui integralmente riportato al capo I dell'esposizione in fatto) rappresenti al contempo la chiave di volta dell'istituto dell'unione civile e la norma di chiusura dell'intera sua disciplina positiva.

Nella dottrina civilistica si è, così, definita regola generale quella contenuta nel comma 20 e si è affermato che - per effetto del rinvio ivi effettuato ad ogni disposizione diversa dal codice civile non espressamente richiamata - tutti i diritti previsti dalla legge per il matrimonio sono riconosciuti anche ai partner di unione civile in materia di lavoro, assistenza, previdenza, sanità, pensioni, immigrazione e in campo penale, penitenziario, fiscale.

Anche la dottrina processualcivilistica, pur critica nei confronti della modalità espressiva che caratterizza l'incipit finalistico del comma 20, riconosce che attraverso questa norma si compie l'equiparazione tra unione civile e matrimonio.

E, seppur in un obiter dictum, è la stessa Corte costituzionale ad aver qualificato recentemente (sentenza 14 luglio 2016, n. 174, punto 3.2. del Considerato in diritto, cui si richiamano anche i ricorrenti nella propria censura sub "b") come "clausola generale" quella del comma 20, in forza della quale l'istituto della pensione di reversibilità è stato applicato alle unioni civili "in modo coerente con i principi di eguaglianza e ragionevolezza".

Di recente e a proposito dello stesso istituto della pensione di reversibilità, la Sez. lavoro della Cassazione civile (sentenza 3 novembre 2016, n. 22318) ha parimenti affermato che la nuova normativa di cui alla legge 76/2016 non prevede in favore del convivente more uxorio la pensione di reversibilità,



«a differenza dell'ampia previsione dei trattamenti riconosciuti al comma 20 dell'art. 1 alla parte della "unione civile" disciplinata nelle forme previste dalla stessa legge».

Infine, per quanto riguarda invece un esempio di automatica applicazione in sede amministrativa del comma 20, si può segnalare la circolare prot. 0003511 del 5 agosto 2016, con cui la Direzione Centrale per le Politiche dell'Immigrazione e dell'Asilo del Ministero dell'Interno ha pregato i Prefetti di informare le associazioni e i rappresentanti delle comunità straniere presenti sul territorio che, in virtù del comma 20, "il diritto al ricongiungimento familiare di cui all'art. 29 e seguenti del d.lgs. 286/1998 (T.U. Immigrazione), si estende ai cittadini stranieri dello stesso sesso uniti civilmente" e che "la procedura di rilascio del nulla osta e conseguente ingresso del ricongiunto non subisce alcuna modifica operativa se non con riferimento all'aggiornamento della modulistica in uso".

### 3. La questione dell'«obiezione di coscienza».

L'introduzione nell'ordinamento giuridico interno di un istituto a forte tasso di innovatività qual è quello dell'unione civile è stata prevedibilmente preceduta, accompagnata e seguita da un dibattito pubblico - politico e istituzionale - assai acceso, all'interno del quale non sono mancati i richiami alle tematiche dell'obiezione di coscienza.

I profili strettamente giuridici di tali problematiche sono stati espressamente affrontati e risolti nell'articolato parere (citato anche dal Comune nella propria memoria difensiva) reso per legge dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato nell'Adunanza 15 luglio 2016 (parere 21 luglio 2016, n. 1695/2016) sullo schema di decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui, nella presente fase di prima applicazione della legge 76, sono dettate alcune disposizioni attuative "con il circoscritto fine di consentire l'immediata operatività dei registri delle unioni civili, onde così corrispondere alle richieste presentate ai Comuni dalle coppie omosessuali per l'applicazione ad esse del nuovo istituto" (così lo stesso parere).

Ebbene, al capo 4 della lettera A del suddetto parere, il Consiglio di Stato non si esime dall'affrontare «una seconda questione di carattere generale, che attiene ai doveri di adempimento da parte dei Comuni in ordine alle richieste formulate dalle coppie omosessuali aventi diritto» e che «riguarda la possibilità stessa, evocata di recente da alcuni sindaci, di una "obiezione di coscienza" motivabile con il rifiuto, in base a convinzioni culturali, religiose o morali, di concorrere - appunto, nella qualità di sindaco - a rendere operativo l'istituto della unione civile tra persone dello stesso sesso».

Vale la pena di riportare integralmente le considerazioni svolte sul punto dal parere:

«Ritiene il Consiglio di Stato che il rilievo giuridico di una «questione di coscienza» - affinché soggetti pubblici o privati si sottraggano legittimamente ad adempimenti cui per legge sono tenuti - può derivare soltanto dal riconoscimento che di tale questione faccia una norma, sicché detto rilievo, che esime dall'adempimento di un dovere, non può derivare da una «auto-qualificazione» effettuata da chi sia tenuto, in forza di una legge, a un determinato comportamento.

Il primato della "coscienza individuale" rispetto al dovere di osservanza di prescrizioni normative è stato affermato - pur in assenza di riconoscimento con legge - nei casi estremi di rifiuto di ottemperare a leggi manifestamente lesive di principi assoluti e non negoziabili (si pensi alla tragica esperienza delle leggi razziali). In un sistema costituzionale e democratico, tuttavia, è lo stesso ordinamento che deve indicare come e in quali termini la "coscienza individuale" possa consentire di non rispettare un precetto vincolante per legge.

Allorquando il Legislatore ha contemplato (si pensi all'obiezione di coscienza in materia di aborto o di sperimentazione animale) l'apprezzamento della possibilità, caso per caso, di sottrarsi ad un compito cui si è tenuti (ad esempio, l'interruzione anticipata di gravidanza), tale apprezzamento è stato effettuato con previsione generale e astratta, di cui il soggetto "obietto" chiede l'applicazione.

Nel caso della l. n. 76/2016 una previsione del genere non è stata introdotta; e, anzi, dai lavori parlamentari risulta che un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l'"obiezione di coscienza" sulla costituzione di una unione civile è stato respinto dal Parlamento, che ha così fatto constare la sua volontà contraria, non aggirabile in alcun modo nella fase di attuazione della legge.

Del resto, quanto al riferimento alla "coscienza individuale" adombrato per invocare la possibilità di "obiezione", osserva il Consiglio di Stato che la legge, e correttamente il decreto attuativo oggi in esame, pone gli adempimenti a carico dell'ufficiale di stato civile, e cioè di un pubblico ufficiale, che ben può essere diverso dalla persona del sindaco.

In tal modo il Legislatore ha affermato che detti adempimenti, trattandosi di disciplina dello stato civile, costituiscono un dovere civico e, al tempo stesso, ha posto tale dovere a carico di una ampia categoria di soggetti - quella degli ufficiali di stato civile - proprio per tener conto che, tra questi, vi possa essere chi affermi un "impedimento di coscienza", in modo che altro ufficiale di stato civile possa compiere gli atti stabiliti nell'interesse della coppia richiedente.

Del resto, è prassi ampiamente consolidata già per i matrimoni che le funzioni dell'ufficiale di stato civile possano essere svolte da persona a ciò delegata dal sindaco, ad esempio tra i componenti del consiglio comunale, sicché il problema della "coscienza individuale" del singolo ufficiale di stato civile, ai fini degli adempimenti richiesti dalla legge n. 76/2016, può agevolmente risolversi senza porre in discussione - il che la legge non consentirebbe in alcun caso - il diritto fondamentale e assoluto della coppia omosessuale a costituirsi in unione civile».

Una volta delineato lo scenario giuridico di fondo in cui la presente controversia si inserisce, si può più agevolmente analizzarne gli specifici profili.

#### 4. La portata dispositiva dell'impugnata deliberazione giuntale n. 199/2016, così come ricostruita alla stregua degli usuali canoni ermeneutici.

Preliminare si rivela la ricognizione dell'esatto significato e della reale portata provvedimento della deliberazione giuntale impugnata, atteso che il Comune ne ha fornito, in questa sede giudiziale (cfr. la memoria difensiva del 9 dicembre 2016), una interpretazione per così dire estensiva, secondo la quale il suo contenuto (anche per ciò che concerne lo svolgimento delle cerimonie nel locale adiacente all'ufficio servizi demografici) si applicherebbe indifferentemente ad entrambi gli istituti del matrimonio civile e delle unioni civili: e ciò in quanto nella delibera in esame si terrebbero «sempre distinte le parole "celebrazione", intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali, di cui al Libro Primo, Sezione IV, artt. 106 e seguenti del Codice Civile, e "costituzione di unione civile", intesa come unione fra persone dello stesso sesso, di cui alla legge n. 76 del 2016».

##### 4.1. La tesi confligge apertamente con gli usuali canoni dell'interpretazione letterale e sistematica dei provvedimenti amministrativi, tenuto di quanto è dato evincere dalle varie parti che compongono il provvedimento de quo (oggetto, motivazione, dispositivo).

Invero:

- a) l'oggetto recita testualmente "atto di indirizzo celebrazioni unioni civili" e nella motivazione si richiamano esclusivamente:
  - l'art. 3 del d.P.R. n. 396/2000 e la relativa circolare del Ministero dell'Interno n. 10/2014 che hanno ad oggetto la Celebrazione del matrimonio civile presso siti diversi dalla casa comunale;
  - la deliberazione n. 125/29 ottobre 2010 con la quale la Giunta comunale approvava l'istituzione di separati uffici di stato civile per la celebrazione dei matrimoni, presso la Villa Caroli-Zanchi e la Villa Moroni;
  - il d.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144, cioè il Regolamento recante disposizioni transitorie necessarie per la tenuta dei registri nell'archivio dello stato civile, ai sensi dell'art. 1, comma 34, della l. 20 maggio 2016, n. 76 su cui il Consiglio di Stato ha espresso il citato e preventivo parere n. 1695/2016;
- b) nella stessa motivazione non viene mai citato il Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili, approvato dal Consiglio comunale di Stezzano con la menzionata deliberazione comunale 1° giugno 2011, n. 29, al cui art. 3 si indicano quali luoghi della relativa celebrazione la sala di rappresentanza del Municipio e le sale di Villa Caroli-Zanchi e di Villa Moroni; e al cui art. 2 si stabilisce espressamente che "la celebrazione dei matrimoni civili viene effettuata dal Sindaco nelle funzioni di Ufficiale dello Stato civile o da persone dallo stesso delegate ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1 del D.P.R. 3.11.2000, n. 396";
- c) dopodiché, l'unico passaggio argomentativo della motivazione - prima del "ritenuto" in cui si riportano le determinazioni da assumere che saranno ripetute nella parte dispositiva - è il seguente: "Considerato che questa Amministrazione Comunale, per finalità di promozione e valorizzazione del territorio comunale, intende confermare le locations sia per le celebrazioni che per le costituzioni delle unioni civili";
- d) quindi, nella parte dispositiva si delibera espressamente:
  1. "di autorizzare la celebrazione o la costituzione delle unioni civili, oltre che nella sede comunale, presso l'ufficio dei servizi demografici, anche presso la Villa Caroli-Zanchi e la Villa Moroni";
  2. "di confermare le seguenti tariffe comunali vigenti": si tratta delle tariffe stabilite con la deliberazione giuntale n. 66 del 23 aprile 2015, articolate per ubicazione e per residenza, di cui si è dato conto al capo I dell'esposizione in fatto;
  3. "di stabilire che le celebrazioni e costituzioni civili siano effettuate:
    - dai consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità;
    - in caso di indisponibilità dei consiglieri, dal dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato Civile".

##### 4.2. L'insieme dei dati testuali appena riportati e dei richiami ovvero non richiami a precedenti atti deliberativi del Comune conduce inequivocabilmente a concludere che - lungi dal costituire la regolamentazio-

ne uno actu della celebrazione dei matrimoni civili e delle unioni civili, come prospettato nella memoria difensiva comunale - l'impugnata deliberazione n. 199/2016 introduca una autonoma e distinta disciplina della celebrazione delle sole unioni civili.

E ciò per le seguenti ragioni:

aa) innanzitutto quella letterale: non è vero che nella delibera de qua si tengano sempre distinte le parole "celebrazione" (intesa come "celebrazione del matrimonio" fra persone eterosessuali) e "costituzione di unione civile".

Tanto al secondo capoverso del ritenuto delle "premesse", quanto al punto 3 del dispositivo le parole "celebrazioni" e "costituzione civili" sono unite tra loro dalla congiunzione "e", che serve chiaramente a ricomprendere in una locuzione unica non già due realtà tra loro distinte (matrimonio e unione civile), bensì due momenti o due fasi (la celebrazione/rito; la costituzione/atto pubblico) della procedura in cui si articola l'unico istituto giuridico "unione civile".

È dunque esclusivamente a questo istituto che la deliberazione intende riferirsi quando individua quali possibili "celebranti" solo i consiglieri comunali disponibili o, in difetto, il dipendente comunale/ufficiale di stato civile: ché altrimenti, a voler seguire l'interpretazione della memoria difensiva comunale, si dovrebbe pervenire alla conclusione che la delibera n. 199/2016 abbia voluto stabilire la regola che in Comune di Stezzano nessun matrimonio civile sia celebrato dal Sindaco, ponendosi così in palese contrasto con il citato art. 2 del regolamento comunale del 2011;

bb) che poi la stessa delibera n. 199/2016 intenda riferirsi alle sole unioni civili anche per quanto riguarda i luoghi comunali messi a disposizione lo si ricava, questa volta, non tanto dal dato letterale (obiettivamente ambiguo in tal caso, poiché i due termini sono uniti in motivazione dalle congiunzioni correlative "sia ... che", mentre al punto 1 del dispositivo è tra loro interposta la congiunzione disgiuntiva "o"), quanto dall'unico passaggio realmente motivazionale della delibera stessa: cioè la finalità di promozione del territorio che ispira dichiaratamente la scelta di autorizzare l'utilizzo delle due ville storiche Caroli-Zanchi e Moroni e, per quanto riguarda il palazzo comunale, l'ufficio servizi demografici.

Anche in questo caso l'interpretazione prospettata dal Comune in questo giudizio condurrebbe all'esito di un contrasto con l'art. 3 del Regolamento comunale, che riserva ai matrimoni civili la sala di rappresentanza del Municipio;

cc) l'interpretazione della difesa comunale deve essere, dunque, disattesa, perché *contra legem* (duplice contrasto con il Regolamento comunale del 2011 per la celebrazione dei matrimoni civili) e non *secundum legem*;

dd) né in contrario possono valere gli ulteriori argomenti addotti dalla difesa comunale, in quanto:

- nessun rilievo probatorio può assumere il documento 3 prodotto dalla stessa difesa, in quanto si tratta di un semplice elenco "prenotazioni matrimoni/unioni civili-sala presso uffici demografici", pur redatto su carta intestata dei Servizi demografici ma privo di data e sottoscrizione da parte del relativo responsabile, in cui figurano due matrimoni (per il 17 dicembre 2016 e il 4 febbraio 2017) e una unione civile per la primavera 2017 "in data da definire", con l'indicazione dei rispettivi contraenti.

Al di là dell'inammissibilità, sotto il profilo formale, di un siffatto mero elenco di prenotazioni per il futuro, quel che in ogni caso avrebbe potuto rivelarsi di un certo interesse sarebbe stata una certificazione del funzionario dei servizi demografici circa il locale della Residenza Municipale (sala di rappresentanza, ufficio servizi demografici) in cui si sono effettivamente svolte le celebrazioni dei matrimoni civili a partire dall'adozione della delibera n. 199/2016, dichiarata immediatamente eseguibile e sino al momento della costituzione in giudizio del Comune;

- neppure può condividersi l'argomento per cui la memoria difensiva del Comune varrebbe quale sorta di interpretazione autentica, perché tale facoltà è riservata per un sin troppo noto principio generale al solo organo che emanato l'atto della cui interpretazione si tratta.

Inoltre, ben avrebbe potuto la Giunta comunale, se lo avesse voluto, adottare un apposito atto di siffatta interpretazione autentica prima o dopo la notifica del ricorso, tanto più tenuto conto che nella delibera 25 ottobre 2016, n. 225 (di incarico all'attuale difensore in questa controversia) si dà atto di una richiesta di annullamento in autotutela avanzata dai legali dei ricorrenti e della fissazione di un appuntamento del Sindaco con i ricorrenti stessi e i loro legali.

E in ogni caso una semplice deliberazione giuntale non sarebbe stata neppure sufficiente, stante che - ove interpretata come proposto dalla difesa comunale - la deliberazione n. 199/2016 costituirebbe modificazione del Regolamento comunale 2011 sulle celebrazioni dei matrimoni civili.

4.3. È inevitabile, pertanto, concludere che l'argomento interpretativo dispiegato dalla difesa comunale integra un mero espediente difensivo e che, nell'attuale ordinamento del Comune di Stezzano, matrimonio civile e unioni civili non trovano affatto una fonte disciplinare comune nella delibera giuntale n. 199/2011, ma risultano autonomamente regolamentati da due distinte fonti e due difformi discipline:

- per le celebrazioni dei matrimoni civili, si applica il Regolamento di cui alla deliberazione del Consiglio comunale 1° giugno 2011, n. 29, alla stregua del quale le relative celebrazioni avvengono nella sala di rappresentanza del Municipio e nelle sale di Villa Caroli-Zanchi e Villa Moroni (art. 3) e sono effettuate dal Sindaco o da suoi delegati ai sensi dell'art. 1 d.P.R. n. 396/2000 (art. 2);
  - per la celebrazione delle unioni civili, si applica l'atto di indirizzo così espressamente intitolato e approvato dalla Giunta municipale con deliberazione 27 settembre 2016, n. 199, ai sensi della quale le relative celebrazioni avvengono, in Municipio presso l'ufficio dei servizi demografici e nelle sale di Villa Caroli-Zanchi e Villa Moroni; e sono effettuate dai consiglieri comunali che si siano dichiarati a ciò disponibili ovvero, in caso di loro indisponibilità, dal dipendente comunale cui siano state delegate le funzioni di Ufficiale di Stato civile.
- 4.4. Come risulta evidente si tratta di due discipline tra loro non solo distinte ma anche qualitativamente differenti: e tale carattere deteriore impresso dalla Giunta comunale di Stezzano alle modalità di svolgimento delle celebrazioni delle unioni civili non si rivela rispettoso del vigente quadro normativo, così come ricostruito al precedente capo 1 della presente esposizione in diritto e alla cui essenziale componente normativa si richiamano esattamente anche talune delle censure svolte in ricorso.

## 5. L'assorbente fondatezza di alcune delle censure dedotte dai ricorrenti avverso tale atto.

Alcune delle censure dedotte in ricorso si rivelano, infatti, puntuali e risultano fondate in misura assorbente rispetto alle rimanenti, cioè tali da evidenziare ex se l'illegittimità delle determinazioni contenute nella deliberazione impugnata e da comportarne il conseguente annullamento.

- 5.1. Il riferimento è in primo luogo alla censura sub c), con cui si deduce il mancato rispetto dell'art. 1, comma 20, l. 76/2016 e si sostiene che il "Regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili" del Comune di Stezzano si applicherebbe inderogabilmente - stante la suddetta fonte normativa di rango superiore - anche alla costituzione delle unioni civili.

La censura coglie nel segno ed è in grado di determinare di per sé l'annullamento del punto 1 del dispositivo della delibera 199/2016, in quanto il citato comma 20 (il quale stabilisce che "le disposizioni che si riferiscono al matrimonio (...) ovunque ricorrono (...) nei regolamenti si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso) riveste un'automatica efficacia eterointegratrice delle norme regolamentari originariamente "pensate" per (e dedicate a) il (solo) istituto del matrimonio in allora esistente, nel senso che tali norme devono ora intendersi automaticamente estensibili e applicabili anche all'istituto delle unioni civili pur senza la necessità di una apposita modifica espressa in tal senso.

Ed invero - come si è esposto al precedente capo 2 - questo significato e questa valenza le nostre giurisdizioni superiori hanno attribuito a tale clausola generale in materia di pensione di reversibilità; e in questo senso si è orientato lo stesso Ministero dell'Interno che, con semplice circolare, ha preso e dato atto che l'istituto del ricongiungimento familiare dovesse "semplicemente" valere anche nei confronti del partner dello stesso sesso unito civilmente, previo mero aggiornamento della modulistica in uso.

Né l'operatività del comma 20 nei confronti di un Regolamento comunale che disciplina la celebrazione del matrimonio civile può trovare ostacoli nel ricordato incipit dello stesso comma 20, il quale espressamente pone il "fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti... derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso": se è vero, infatti, che, in questo caso il diritto non può derivare da una unione civile non ancora costituita, è altrettanto e ancor di più vero che - come questa volta si è già osservato al capo 1.4. - essendo identica tra matrimonio e unione civile la natura giuridica dell'atto costitutivo, la vis espansiva del comma 20 non può non estendersi al momento genetico dell'istituto, in modo da assicurare sin dall'origine e sin dal suo sorgere quella "parificazione", pur nella distinzione delle relative e specifiche discipline positive, della nozione di coniuge con quella di persona unita civilmente, parificazione già individuata da Cass. Pen. n. 44182/2016 (citata al capo 1.2.) quale finalità perseguita dal legislatore della legge 76/2016; nonché quella equiparazione tra unione civile e matrimonio a sua volta riconosciuta dalla dottrina menzionata al capo 2.

Se così non fosse, se si ammettesse che le modalità (anche esteriori) di formazione del vincolo dell'unione civile potessero differire così sensibilmente rispetto a quelle riservate alla costituzione del vincolo matrimoniale, da essere *ictu oculi* percepibili come *deminutio* del primo rispetto al secondo ciò significherebbe inevitabilmente un depotenziamento ontologico del nuovo istituto e una frustrazione / violazione della complessiva finalità di tutela espressamente perseguita dal comma 20.

Merita, pertanto, condivisione la censura dedotta sub c) del ricorso introduttivo, laddove si afferma che "la circostanza che il luogo individuato per la costituzione sia diverso da quello assegnato ai matrimoni civili dall'art. 3 del citato regolamento rende, ex se, illegittima la delibera di giunta comunale n. 199/2016" e si sostiene che il comma 20 dovrebbe esplicitare la sua portata regolamentare "non solo



“rispetto al rapporto generato dall’unione già costituita”, ma anche “rispetto alla fase genetica di quel rapporto”.

- 5.2. Parimenti condivisibile è l’ultimo profilo del motivo sub a) del ricorso introduttivo con cui i ricorrenti lamentano che la celebrazione delle unioni civili sia effettuata da soggetti (i consiglieri comunali che hanno comunicato la propria disponibilità e, in caso di indisponibilità dei consiglieri, il dipendente comunale cui sono state delegate le funzioni di ufficiale di stato civile) differenti da quello (sindaco) cui è attribuito il compito di officiare i matrimoni eterosessuali.

Invero, il punto 3 del dispositivo dell’impugnata deliberazione n. 199/2016 non si limita affatto, come pure sostiene la difesa comunale, a indicare i soggetti delegati dal Sindaco per celebrare le unioni civili (consiglieri comunali disponibili; in mancanza il funzionario delegato quale Ufficiale di Stato civile), ma al contrario sia per l’organo che adotta la disposizione (non il Sindaco quale organo monocratico, bensì l’organo collegiale Giunta), sia per il categorico tenore letterale della disposizione (si stabilisce che le celebrazioni e costituzioni civili siano effettuate dagli anzidetti soggetti) non costituisce affatto esercizio di delega, bensì individua aprioristicamente e in via generale la platea dei soggetti abilitati in via esclusiva alla celebrazione delle unioni civili.

E tra questi soggetti non figura il Sindaco (come invece prevede, unitamente alla facoltà di delega, l’art. 2 del Regolamento per la celebrazione dei matrimoni civili).

Ma questa preventiva e generalizzata (auto)esclusione del Sindaco costituisce evidente manifestazione di quella obiezione di coscienza non prevista nel caso della l. n. 76/2016 (come evidenziato dal parere C.d.S. n. 1695/2016) e un altrettanto evidente tentativo di aggirare, nella fase di attuazione della legge, la volontà espressa sul punto dal Parlamento, allorquando ha respinto un emendamento volto ad introdurre per i sindaci l’«obiezione di coscienza».

Anche questo come già ampiamente e chiaramente argomentato nel suddetto parere del Consiglio di Stato che:

- è stato pubblicato due mesi prima dell’adozione della deliberazione n. 199/2016;
- risulta espressamente richiamato nelle premesse del d.P.C.M. 23 luglio 2016, n. 144 che pure la stessa delibera n. 199/2016 dà per “visto”;
- è consultabile liberamente e integralmente, sin dalla sua pubblicazione, sul sito istituzionale della Giustizia amministrativa [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Il quale parere esplicita chiaramente anche che - in caso di “impedimento di coscienza” - resta integra in capo al Sindaco la facoltà/possibilità di fare ricorso all’istituto delle delega: naturalmente secondo le modalità e i parametri propri del corretto esercizio di tale istituto ovvero, in primo luogo, delega ad personam (ad uno dei soggetti individuati dall’art. 1, comma 3, d.P.R. n. 396/2000: consiglieri o assessori comunali; cittadini italiani che hanno i requisiti per la elezione a consigliere comunale; dipendenti comunali; segretario comunale) e non a una categoria indeterminata (i consiglieri comunali che si siano dichiarati disponibili).

Il punto 3 del dispositivo della deliberazione n. 199/2016 introduce, pertanto, una macroscopica differenziazione soggettiva (quanto al celebrante) tra matrimonio civile e unione civile, come esattamente denunciato dai ricorrenti all’ultimo profilo del motivo sub a), sì da porsi in contrasto con l’art. 1, comma 20, legge 76/2016, che gli stessi invocano ricorrenti al motivo sub c).

Per tali ragioni, anche tale punto deve essere annullato.

- 5.3. Ciò stante, il Collegio può prescindere dalla disamina delle residue censure svolte in ricorso, in quanto da un loro eventuale accoglimento non potrebbe derivare ai ricorrenti alcun ulteriore risultato utile.

Pertanto, a conferma della non indispensabilità di tale disamina, si può osservare che tali residue censure:

- per un verso, si affidano a parametri di illegittimità di carattere ampio e generale (violazione artt. 2 e 3 Cost.; eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, manifesta ingiustizia) rispetto a quelli assai più puntuali supra presi in considerazione e ritenuti fondati;
- per altro verso, prospettano un possibile profilo di incompetenza della giunta municipale che risulta contraddittorio con la censura di mancato rispetto della comma 20 legge 76/2016, censura questa che presuppone non la competenza a deliberare dell’uno o dell’altro organo comunale, bensì la non necessità di alcuna attività provvedimentale da parte del Comune, per effetto della forza eterointegratrice della norma invocata.

- 5.4. Infine, va incidentalmente rilevato che il punto 2 del dispositivo della deliberazione n. 199/2016, oltre a non essere oggetto di autonome e specifiche censure, costituisce, al contrario, proprio l’esempio di corretta applicazione, per tale profilo, del comma 20 legge 76/2016, nel senso che si limita a confermare, per le unioni civili, le stesse tariffe comunali vigenti per i matrimoni civili: esattamente come il Ministero

dell'Interno ha disposto l'immediata estensione ai partner delle unioni civili delle norme e dei permessi per ricongiungimento familiare.

Tale parte della deliberazione impugnata non deve, pertanto, essere annullata.

## 6. Conclusioni:

accoglimento parziale del ricorso (limitatamente ai capi 1 e 3 del dispositivo della deliberazione impugnata) e carattere auto-esecutivo della presente sentenza.

Per le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere parzialmente accolto e l'impugnata deliberazione deve essere annullata nelle seguenti parti:

- quanto alla premesse: limitatamente al primo e al secondo capoverso del "ritenuto";
- quanto al dispositivo: limitatamente al punto 1 e al punto 3.

Poiché l'accoglimento parziale del presente ricorso consegue all'accertata violazione, relativamente alle parti sopraindicate, dell'art. 1, comma 20, legge 76/2016, ne consegue anche il carattere auto-esecutivo della presente sentenza, nel senso che di seguito si precisa:

- i) per effetto della eterointegrazione derivante dalla suddetta norma, le disposizioni del regolamento comunale per la celebrazione dei matrimoni civili approvato con deliberazione del Consiglio comunale di Stezzano 1° giugno 2011, n. 29 (e in particolare i suoi artt. 2 e 3) devono intendersi automaticamente valevoli e applicabili anche nel caso di celebrazione delle unioni civili disciplinate dalla l. n. 76 del 2016;
- ii) nessuna ulteriore attività provvedimentale da parte del Comune di Stezzano è richiesta per dare esecuzione alla presente sentenza, stante che essa elimina dal mondo giuridico le statuizioni della delibera giuntale n. 199/2016 che si frapporrebbero a tale automatica applicabilità;
- iii) tutti gli effetti della presente sentenza, quelli annullatori e quelli precisati alla precedente lett. i) decorrono dalla data della sua pubblicazione.

*omissis*

## P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi, nei limiti e agli effetti specificati al capo 6 della motivazione.

Condanna il Comune di Stezzano a rifondere ai ricorrenti, in solido tra loro, le spese di giudizio che liquida in complessivi Euro 4.000,00 (euro 4.000/00) oltre al 15% per spese generali, Iva e Cpa.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN: 2384-9495

[genius@articolo29.it](mailto:genius@articolo29.it)